



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO E DOUTORADO**

PEDRO RAFAEL MALVEIRA DEOCLECIANO

**A NATUREZA JURÍDICA DO ADCT NA CF/88 E A ATUAÇÃO DO PODER
REFORMADOR NO CONTEXTO DA CRISE DE PERENIDADE DAS PROMESSAS
CONSTITUCIONAIS**

FORTALEZA

2019

PEDRO RAFAEL MALVEIRA DEOCLECIANO

**A NATUREZA JURÍDICA DO ADCT NA CF/88 E A ATUAÇÃO DO PODER
REFORMADOR NO CONTEXTO DA CRISE DE PERENIDADE DAS PROMESSAS
CONSTITUCIONAIS**

Tese apresentada perante a banca examinadora na Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito, na área de concentração em Ordem Jurídica Constitucional.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Juliana Cristine Diniz Campos.

FORTALEZA

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- D465n Deocleciano, Pedro Rafael Malveira.
A natureza jurídica do ADCT na CF/88 e a atuação do poder reformador no contexto da crise de perenidade das promessas constitucionais / Pedro Rafael Malveira Deocleciano. – 2019. 253 f. : il. color.
- Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2019.
Orientação: Profa. Dra. Juliana Cristine Diniz Campos.
1. Direito intertemporal constitucional. 2. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. 3. Poder Constituinte. 4. Poder reformador. 5. Crise constitucional. I. Título.

CDD 340

PEDRO RAFAEL MALVEIRA DEOCLECIANO

**A NATUREZA JURÍDICA DO ADCT NA CF/88 E A ATUAÇÃO DO PODER
REFORMADOR NO CONTEXTO DA CRISE DE PERENIDADE DAS PROMESSAS
CONSTITUCIONAIS**

Tese apresentada perante a banca examinadora na Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito, na área de concentração em Ordem Jurídica Constitucional.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Juliana Cristine Diniz Campos.

Aprovada em: ____ / ____ / ____

Prof^ª. Dr^ª. Juliana Cristine Diniz Campos (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque (Membro)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral (Membro)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^ª. Dr^ª. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça (Membro externo)
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Membro externo)
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

*Às minhas Marias (Rita e Luiza)
pelo muito que recebi e por
despertar o desejo de retribuir
infinitamente.*

AGRADECIMENTOS

Vários motivos e pessoas me possibilitaram esta oportunidade. E sem reconhecimento e gratidão nada teria sentido ou valido a pena. Não por obrigação da menção, mas por saber que cada um colaborou direta ou indiretamente com a minha trajetória e com a construção deste trabalho.

Agradeço a Deus e aos meus familiares (Tarcísio, Amélia, Patrícia, Otacílio e Márcio), em especial, à minha querida Maria Rita pela grandeza de seus atos e pelo amor incondicional que jamais duvidou do que nós poderíamos conseguir juntos, ainda quando eu mesmo duvidei. À minha pequena Maria Luiza por me fazer enxergar a grandeza e a responsabilidade de ser chamado de pai.

Aos professores do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UFC por oportunizarem mais que conhecimento técnico sobre o direito, demonstrando, pelo exemplo da docência, a urgência de um direito transformador e democrático como instrumento de emancipação. Particularmente, agradeço à minha orientadora, Juliana Diniz, pelo cuidado, sinceridade, confiança, competência e leveza na condução da elaboração da tese. Sou muito honrado pela oportunidade de ter sido seu orientando e de ter convivido com a sua intensidade e energia. Aos professores Felipe Braga e Gustavo Cabral pelo aprendizado crítico do direito, ressaltando as questões pressupostas da história e da política que me possibilitaram uma nova visão de mundo sobre pensar o direito.

Ao professor Filomeno Moraes pela admiração por sua atuação profissional na formação do pensamento constitucional brasileiro e dos novos profissionais que almejam repisar a sua caminhada. À professora Lírida Calou a minha gratidão por todas as oportunidades que me proporcionou de aprendizado acadêmico e para a vida. Vou precisar de muitas vidas para lhe retribuir o que me destes nesta.

Aos professores da UNICAP, João Paulo e Marcelo Labanca, pelas discussões e sugestões que, sem dúvida alguma, colaboraram para o aperfeiçoamento desta tese.

Aos meus queridos amigos que me acompanharam durante esta caminhada, principalmente, aos que compõem o corpo de docentes e funcionários do curso de direito da Unicatólica de Quixadá (Júlio, Ivan, Marcos, Stela, Gessyca, Semiramys, Ana Paula, Saulo, Lucivaldo, Vasconcelos, Valter, Janile, Romero, Welithon). Ao Centro Universitário Católica de Quixadá pelo amplo apoio concedido e pelo estímulo na formação de seus professores.

RESUMO

A relação entre tempo e direito é intensa e problemática, pois a acomodação normativa pressupõe, minimamente, a consonância com uma série de fatores extranormativos intangíveis, tais como a política, a economia e os usos e costumes de um dado contexto. E as normas e os institutos do direito intertemporal teriam a difícil missão de regular as situações de transição entre sistemas normativos, pois, ainda que exista essa preocupação legislativa, a complexidade põe em xeque a tentativa reducionista de captar, pela criação de normas genéricas ou específicas, a realidade. O tempo, enquanto construção cultural das sociedades, condiciona as suas demais instituições, e com o direito não seria diferente. O processo de revogação e de superação fático-normativo de um regime jurídico se agiganta, em termos de complexidade, quando se está diante das mudanças constitucionais. O advento de uma nova Constituição, de vultuosas alterações empreendidas pelo poder reformador ou mesmo de uma decisão expressiva da jurisdição constitucional que resulte em uma mutação ou no seu cumprimento postergado ou prospectivo, no que toca aos efeitos temporais, implica a suscitação da intertemporalidade, tendo em conta a força que uma modificação impele às situações jurídicas até então consolidadas. As normas constitucionais transitórias, dentro do constitucionalismo brasileiro, desempenham uma tarefa fundamental de estabilização das instituições e dos direitos subjetivos numa nova ordem jurídica, amenizando o impacto da mudança constitucional na medida em que regulam as situações pendentes, criam novas instituições, definem o processo político de transição dos cargos eletivos e diminuem, pela recepção, o vazio normativo que comprometeria o próprio equilíbrio da constituição vigente. Tendo por premissa a condição de norma constitucional, o ADCT possui, entretanto, finalidades peculiares, bem como é dotado do atributo da provisoriedade o que, em certa medida, contribui para a consolidação do projeto constitucional. Essas características essenciais, que revelam a excepcionalidade de sua existência no texto constitucional, são contrastadas com um amplo processo de reformas à Constituição, que não apenas prorrogam a sua vigência, como também criam situações que destoam em relação ao texto permanente, desnaturando a sua finalidade e atalhando, por consequência, a força normativa da Constituição de 1988, transformando a sua normatividade em meras promessas. Passados trinta anos de vigência, o ADCT, pela ação reformadora, cresce em número de dispositivos e em antagonismo em relação aos processos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, sendo, portanto, imprescindível recorrer à teoria da constituição para ampliar o debate sobre tema tão relevante e que afeta diretamente os rumos do constitucionalismo brasileiro. Essa tensão, dentro de uma mesma constituição, que, por um lado, determina e, por outro, neutraliza através da reforma ao ADCT, agrava a crise de normatividade da CF/88.

Palavras-chave: Direito Intertemporal Constitucional; Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; Poder Constituinte; Poder Reformador; Crise Constitucional.

ABSTRACT

The relationship between time and law is intense and problematic, since normative accommodation presupposes minimally the consonance with a series of intangible extranormative factors, such as politics, economics, and the uses and customs of a given reality. And the norms and institutes of intertemporal law would have the difficult task of regulating the transitional situations between normative systems, for even though this legislative concern exists, complexity calls into question the reductionist attempt to capture, by the creation of generic or specific norms, the reality. Time, as a cultural construction of societies, conditions its other institutions, and with law would be no different. The process of revoking and overcoming the normative factuality of a legal regime looms in terms of complexity when faced with constitutional changes. The advent of a new constitution, of major changes made by the reforming power or even of a significant decision of the constitutional jurisdiction that results in a mutation or its delayed or prospective fulfillment, regarding the temporal effects implies the raising of intertemporality, taking into account the force that a modification impels to the legal situations until then consolidated. Transitional constitutional norms, within Brazilian constitutionalism, perform a fundamental task of stabilizing institutions and subjective rights in a new legal order, softening the impact of constitutional change as they regulate pending situations, create new institutions, define the political process elective positions and reduce, by reception, the normative void that would compromise the very balance of the current constitution. Having as its premise the constitutional norm condition, the ADCT (Transitional Constitutional Provisions Act) has, however, peculiar purposes, as well as being endowed with the provisionality attribute which, to some extent, contributes to the consolidation of the constitutional project. These essential characteristics, which reveal the exceptional nature of its existence in the constitutional text, are contrasted with a broad process of constitutional reforms that not only extend its validity, but also create situations that differ from the permanent text, distorting its purpose. and thus undermining the normative force of the 1988 Constitution, turning its normativity into mere promises. Thirty years later, the ADCT (Transitional Constitutional Provisions Act), through its reform action, is growing in number of devices and in antagonism in relation to the fundamental processes and objectives of the Federative Republic of Brazil. so relevant and directly affecting the course of Brazilian constitutionalism.

Keywords: Constitutional Intertemporal Law; Transitional Constitutional Provisions Act; Constituent power; Reforming Power; Constitutional Crisis.

RIASSUNTO

Il rapporto tra tempo e diritto è intenso e problematico, poiché la sistemazione normativa presuppone minimamente la consonanza con una serie di fattori extra normativi intangibili, come la politica, l'economia e gli usi e i costumi di una data realtà. E le norme e gli istituti di diritto intertemporale avrebbero il difficile compito di regolare le situazioni di transizione tra i sistemi normativi, poiché, anche se esiste una tale preoccupazione legislativa, la complessità mette in discussione il tentativo riduzionista di catturare, attraverso la creazione di norme generiche o specifiche, la realtà. Il tempo, in quanto costruzione culturale delle società, condiziona le sue altre istituzioni e con il diritto non sarebbe diverso. Il processo di revoca e di superamento fattuale-normativo di un regime giuridico crescono troppo, in termini di complessità, di fronte a cambiamenti costituzionali. L'avvento di una nuova costituzione, di rilevanti cambiamenti arrecati dal potere riformatore o persino di una decisione significativa della giurisdizione costituzionale che abbia risultato in una mutazione o nel suo adempimento ritardato o potenziale, riguardo agli effetti temporali, implica il sorgere dell'intertemporalità, avendo conto della forza che una modifica impone alle situazioni giuridiche finora consolidate. Le norme costituzionali transitorie, all'interno del costituzionalismo brasiliano, svolgono un compito fondamentale di stabilizzazione delle istituzioni e dei diritti soggettivi in un nuovo ordine giuridico, attenuando l'impatto del cambiamento costituzionale alla misura in cui regolano le situazioni pendenti, creano nuove istituzioni, definiscono il processo politico di transizione dei incarichi elettivi e diminuiscono, per ricezione, il vuoto normativo che comprometterebbe l'equilibrio stesso della costituzione attuale. Avendo come premessa la condizione della norma costituzionale, l'ADCT ha, tuttavia, scopi peculiari, oltre ad essere dotato dell'attributo della provvisorietà che, in una certa misura, contribuisce al consolidamento del progetto costituzionale. Queste caratteristiche essenziali, che rivelano la natura eccezionale della sua esistenza nel testo costituzionale, sono contrastate con un ampio processo di riforme alla Costituzione che non solo ne prolungano la vigenza, ma creano anche situazioni che non se adattano al testo permanente, distorcendone lo scopo e quindi minando la forza normativa della Costituzione del 1988, trasformando la sua normatività in semplici promesse. Trenta anni dopo, l'ADCT, attraverso l'azione riformatrice continuata, sta crescendo in numero di dispositivi e in antagonismo riguardo ai processi e agli obiettivi fondamentali della Repubblica Federativa del Brasile, pertanto è essenziale utilizzare la teoria della costituzione per ampliare il dibattito su questo argomento così rilevante e che influenza direttamente il corso del costituzionalismo brasiliano.

Parole chiave: Diritto Intertemporale Costituzionale; Atti delle Disposizioni Costituzionali Transitorie; Potere Costituente; Potere Riformatore; Crisi Costituzionale.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AI – Ato Institucional
ANPT – Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho
CCJ – Comissão de Constituição e Justiça
CF – Constituição Federal
CI – Constituição Imperial
CIDPD – Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público
CPMF – Contribuição Provisória de Movimentações Financeiras
CPC – Código de Processo Civil
CPP – Código de Processo Penal
CTN – Código Tributário Nacional
DP – Defensoria Pública
DRU – Desvinculação das Receitas da União
EC – Emenda Constitucional
EPD – Estatuto da Pessoa com Deficiência
FUNGET – Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas
IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
IPHAN - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MI – Mandado de Injunção
MP – Ministério Público
PEC – Proposta de Emenda à Constituição
RE – Recurso Extraordinário
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TIDH – Tratados Internacionais de Direitos Humanos
TRF – Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	14
2 O DIREITO CONSTITUCIONAL E A INTERTEMPORALIDADE: O ELEMENTO TRANSITÓRIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	22
2.1 O direito intertemporal constitucional e o direito constitucional intertemporal: uma necessária demarcação epistemológica.....	23
2.2 O papel da intertemporalidade nos processos de ruptura constitucional.....	27
2.3 Intertemporalidade, hiato constitucional e interação entre ordenamentos jurídicos: relação entre normas constitucionais originárias, normas constitucionais derivadas e normas infraconstitucionais.....	34
2.3.1 A não recepção e a inconstitucionalidade superveniente no contexto do direito intertemporal constitucional: conflitos normativos nos processos de transição.....	46
2.3.2 A recepção dos tratados internacionais com conteúdo de direitos humanos: intertemporalidade constitucional e <i>status</i> normativo.....	57
2.3.3 A questão da norma ainda constitucional (ou em trânsito para a inconstitucionalidade ou inconstitucionalidade progressiva) e a sua forma de aplicação no modelo brasileiro.....	61
2.3.3.1 Aplicação da técnica da norma ainda constitucional na jurisprudência brasileira.....	63
2.3.3.1.1 Aplicação típica da técnica da norma ainda constitucional: casos relevantes na jurisprudência do STF.....	65
2.3.3.1.2 Aplicação atípica da técnica da norma ainda constitucional: o caso da legitimidade do ministério público para a ação civil <i>ex delicto</i>	67
2.4 Outras questões de intertemporalidade constitucional.....	70
2.4.1 Intertemporalidade constitucional, repristinação e efeito repristinatório.....	71
2.4.2 Intertemporalidade constitucional e a eficácia das decisões em mandado de injunção.....	75
2.4.3 Intertemporalidade e as emendas constitucionais ocultas.....	78

3 A CONCEPÇÃO DO ADCT NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO NO CONTEXTO DA CLASSIFICAÇÃO TEMPORAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	82
3.1 Normas constitucionais estabilizadoras do sistema jurídico-político (cláusulas de irrevogabilidade).....	85
3.1.1 Cláusulas de abertura do sistema e as normas constitucionais equivalentes: o bloco de constitucionalidade brasileiro.....	88
3.1.2 Considerações gerais sobre a inclusão do art. 5º, §3º da CF/88.....	89
3.2 Normas constitucionais com ânimo de permanência.....	96
3.3 Intertemporalidade e ADCT.....	98
3.3.1 A transição normativa: a função estabilizadora das normas transitórias (A transição entre as Constituições e o hiato constitucional)	99
3.3.2 Normas constitucionais transitórias ou provisórias.....	100
3.3.3 ADCT e traços característicos na história constitucional brasileira: uma análise comparativo-normativa.....	104
3.3.3.1 A Constituição Imperial de 1824.....	106
3.3.3.2 A Constituição de 1891.....	110
3.3.3.3 A Constituição de 1934.....	114
3.3.3.4 A Constituição de 1937.....	116
3.3.3.5 A Constituição de 1946.....	118
3.3.3.6 A Constituição de 1967 e a EC nº. 01/69.....	121
3.3.3.7 O ADCT na CF/88: o depósito residual do esforço constituinte e o apego à normatização.....	125
3.3.4 Avanços e traços em comum do ADCT com o advento a Constituição Federal de 1988.....	131
3.4 Classificação do ADCT de 1988 na doutrina constitucional brasileira.....	133
3.4.1 A classificação de Raul Machado Horta.....	134
3.4.2 A classificação de Luís Roberto Barroso.....	135
3.4.3 A classificação de Anna Cândido da Cunha Ferraz.....	136
3.5 Uma proposta de classificação do ADCT na Constituição Federal de 1988.....	137
3.5.1 Quanto à origem (Originária e Derivada).....	138
3.5.2 Quanto ao conteúdo.....	139

3.5.3 Quanto à funcionalidade.....	141
3.5.4 Quanto à duração ou tempo de vigência.....	142
3.5.5 As normas pseudotransitórias ou anômalas.....	144
4 ESTABILIDADE E MUDANÇA CONSTITUCIONAL: ENTRE LEGITIMIDADE, ATRIBUIÇÕES E LIMITES DO PODER REFORMADOR.....	146
4.1 Considerações sobre a Teoria do Poder Constituinte.....	148
4.2 Estabilidade e mudança constitucional: o entrelaçamento entre aparentes antagonistas na CF/88.....	155
4.2.1 A estabilidade pela mudança: deveres constitucionais do poder reformador e instrumentos formais da dinâmica mutacional na CF/88.....	160
4.2.1.1 A Revisão Constitucional: o ponto fora da curva?.....	162
4.2.1.2 Emendas constitucionais equivalentes enquanto manifestação do poder de reforma.....	164
4.2.1.3 O regime jurídico das Emendas Constitucionais.....	170
4.2.1.3.1 A reforma constitucional por emenda: breve incursão sobre os debates da Constituinte de 87/88.....	171
4.2.1.3.2 Aspectos gerais sobre a funcionalidade das emendas constitucionais no contexto do constitucionalismo de 1988.....	172
4.2.1.3.3 O quórum da emenda e a rigidez constitucional na CF/88: limites e excessos do poder de reforma.....	176
4.2.2 Reforma constitucional e a “política do medo”: o sentido de mudança constitucional.....	179
4.3 O controle jurisdicional das emendas constitucionais: um convite ao tensionamento do sistema democrático.....	181
5 O PODER REFORMADOR E O DESVIRTUAMENTO DO ADCT NA CRISE DE PERENIDADE DAS PROMESSAS CONSTITUCIONAIS.....	188
5.1 Análise do julgamento da ADI nº. 829-3/DF.....	189
5.1.1 Apresentação dos posicionamentos dos ministros do STF.....	190
5.1.2 A identificação das principais teses.....	193
5.1.3 Reflexões sobre o entendimento do STF: a formação de um aparente consenso.....	196

5.2 ADCT e Poder Reformador: um diagnóstico sobre a pertinência de alteração das normas constitucionais transitórias.....	198
5.3 Os limites do poder reformador em face das normas constitucionais transitórias: os desdobramentos teórico-práticos da ADI nº 829/DF do STF.....	204
5.4 O alcance do conteúdo normativo das normas do ADCT desprovidas de eficácia.....	208
5.5 O poder reformador e os ADCT: questões teórico-práticas sobre a realização das normas constitucionais.....	211
5.5.1 Caso 01: EC nº 73/2013 dos Tribunais Regionais Federais: usurpação da atribuição legislativa e violação ao devido processo legislativo.....	211
5.5.2 Caso 02: EC nº 57/2008 da Criação dos Municípios: a vontade política e a violação ao pacto federativo.....	215
5.5.3 Caso 03: EC nº 88/2015 da ampliação da aposentadoria compulsória aos membros dos tribunais superiores: conveniência e exceções constitucionais descabidas.....	223
5.5.4 Caso 04: EC nº 80/2014 da Defensoria Pública: do apelo do legislador a si próprio ao prognóstico de uma modificação constitucional fracassada.....	226
CONCLUSÃO.....	235
REFERÊNCIAS.....	241

1 INTRODUÇÃO

O direito constitucional brasileiro, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, sobrevive a um paradoxo de, ao mesmo tempo experimentar o mais significativo protagonismo teórico-científico e, em contraposição, ter que lidar com as mais diversas questões inerentes à efetividade de suas normas, pugnando pelo cumprimento, dentro de uma projeção temporal inexoravelmente finita, de uma proposta de estabilidade normativa e atendimento das expectativas sociais por dignidade.

Não à toa, o texto constitucional está repleto de propósitos normativos destinados a “homericamente” restaurar um sistema democrático repleto de demandas represadas por regimes políticos instáveis e que, de forma clara, não empreenderam expressivas ações no âmbito social e econômico. Não se fala, necessariamente, em uma herança maldita, a ponto de impor uma narrativa de ruptura ou de segregação entre passado e presente constitucionais, mas admitir que a realização das promessas constitucionais de 1988 pesa nas costas das gerações que se sucedem dentro de sua vigência.

A crise constitucional, com maiores ou menores variações, é objeto de estudo sob os mais diversos aspectos, que buscam entender o comportamento da relação entre poder e normatividade constitucional. Tal crise, no Brasil, não é de exclusividade da constituição, mas também alcança outras searas que, equivocadamente admitidas como sólidas, ignoram o déficit de efetividade.

A constituição expressa o conjunto de normas, combinadas por um ato de vontade soberana, direcionadas, *prima facie*, aos propósitos dessa mesma vontade, que se corporificam em concepções, ações e institutos sedimentados, principalmente, de uma forte inspiração do constitucionalismo moderno e que intenta permanência.

O seu advento, no contexto do constitucionalismo democrático, representa o desejo de mudança, seja para ratificar um processo de consolidação que se desenvolve no âmbito do debate público, seja para simplesmente representar o ponto de partida, a reconstrução da concepção e dos fins buscados por uma determinada sociedade.

A constituição, enquanto produto da ação constituinte, está ladeada por um sentimento,

não incomum, quimérico de transformação normativa e da realidade, pressupondo uma força avassaladora de que tudo é descontínuo e possível, desde que nela estejam previstos direitos e deveres. E o dirigismo da constituição brasileira retrata, justamente, o sentido de um vasto programa político que contrasta com empecilhos, mas não com a total incapacidade de realização de suas normas, muito embora haja a firme crença na autossuficiência de suas normas e a modesta solução do instrumentalismo destas pela jurisdição constitucional.

A constatação empírica de um discurso de fé constitucional, entretanto, não importa na afirmação de que a constituição é desprovida de normatividade ou de que não precise ser cumprida ou observada enquanto fundamento de validade. Pelo contrário, o avanço da teoria constitucional acerca da identificação de sua força normativa imanente foi um dos principais saltos dados pela teoria do direito para a consagração do catálogo dos direitos humanos e fundamentais. A questão é como a reprodução automática dos discursos e teorias, que se distanciam da realidade de uma determinada prática constitucional, podem trazer prejuízos significativos às formas peculiares de manifestação do direito.

A transição entre constituições revela mais do que a simples revogação do fundamento de validade do ordenamento jurídico anterior e da não recepção das normas incompatíveis. Na verdade, ela desnuda um paradoxo onde o fluxo da continuidade normativa coexiste sob uma aparência sincronizada, com o espírito de rompimento com o velho, despertando, tal qual uma reação orgânica a um corpo estranho, manifestações de combate às antinomias e às necessárias adequações concernentes à (des)continuidade.

Essa sutil constatação da continuidade do direito positivo revela o que, há muito, no direito constitucional e na filosofia política se discute sobre o conceito, a natureza, as características, bem como a fundamentação e os limites de manifestação do poder constituinte originário. Circunscrita no tempo e no espaço, a atividade constituinte é historicamente comprometida, cedendo ao passado, sem, entretanto, abrir mão da vontade de reconstruir os sentidos referentes à relação entre o poder do Estado e a sociedade.

A intensa relação entre tempo e direito, nesse sentido, releva quão controverso é o delineamento das ordens jurídicas, formalmente identificadas pelos marcos de manifestação da expressão constituinte. A refundação, enquanto processo de negação (revogação) da constituição anterior, contrasta no âmbito da intertemporalidade constitucional, como uma verdadeira sobreposição de ordenamentos, fazendo do direito pré-constitucional uma realidade viva, seja pela recepção normativa, seja pela preservação dos efeitos jurídicos de direitos adquiridos.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), como técnica mais proeminente de compatibilização entre ordens jurídicas, conforma, no campo do direito constitucional positivo, o conjunto de normas precárias responsáveis pela transição entre o novo e o velho. Essa mediação, enquanto projeção do debate constituinte, transparece as vicissitudes de um processo de avanços e retrocessos, traçando um rico panorama de intencionalidades, que, em maior ou menor medida, contribui para a estabilização normativa da constituição.

A dura missão de colaborar com o processo de transição constitucional demanda um estudo aprofundado, pois tal processo está diretamente vinculado à formatação das estruturas democráticas que se pretende instituir e, principalmente, dos direitos fundamentais que orientam os deveres do Estado e as relações em sociedade.

A partir de uma pesquisa direcionada ao entendimento da manifestação peculiar do poder constituinte brasileiro, será possível rediscutir os seus fundamentos e a crise que se revela em sua incapacidade de oferecer respostas aos problemas de efetivação das promessas constitucionais. O “emendismo” constitucional¹, notadamente do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), reforça a tese de que o Legislador, por meio da ação reformadora da Constituição, ao invés de atualizá-la aos anseios sociais, posterga o projeto de realização de um vasto catálogo de direitos fundamentais.

Cumprir mencionar que é praticamente nula a produção acadêmica sobre a repercussão das normas transitórias no contexto do desenvolvimento da teoria constitucional brasileira. Nesse sentido, Ivo Dantas afirma, categoricamente, que “o estudo das denominadas ‘Disposições Transitórias Constitucionais’ comporta, em certo modo de entender, a elaboração de uma Redução Teórica, que, contudo, ainda não despertou as atenções dos estudiosos nacionais do Direito Constitucional”².

Afirma-se que o ADCT representa um conteúdo essencial à estabilização da nova ordem e à efetividade dos direitos fundamentais. Observa-se, no entanto, que a ausência de delimitação teórica do instituto contribuiu, conforme Neves³, para a dilação dos compromissos políticos, prejudicando a dimensão jurídico-normativa das normas

¹ Frase cunhada pelo doutrinador Marcelo Neves quando de sua formulação teórica a respeito da constitucionalização simbólica.

² DANTAS, Ivo. **Das disposições constitucionais transitórias** (uma redução teórica). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46489/46696>>. Acesso em: 18 ago. 2019.

³ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

constitucionais pelo desvirtuamento da natureza jurídica dessas normas.

A partir da identificação da natureza jurídica da norma constitucional transitória é que a presente tese propõe realizar uma análise sobre a sua funcionalidade no contexto da emergência da Constituição de 1988 e de como o poder constituinte derivado, no exercício da atividade reformadora em face do ADCT, embarga sistematicamente a realização das normas constitucionais permanentes, transformando-as em meras promessas constitucionais ao violá-las ou postergá-las.

Ou seja, verifica-se o desvirtuamento das normas constitucionais transitórias pelo poder reformador, evidenciando a existência de uma crise de efetividade das normas permanentes pela perenização de promessas que se postergam no tempo ou que são violadas pelo atalhamento de suas regras.

Inicialmente concebido para funcionar como mecanismo de transposição entre ordenamentos jurídicos pela ação constituinte, o ADCT, por meio da deturpação casuística das emendas constitucionais, passa a instrumentalizar ordinariamente os processos de modificação no contexto de vigência da própria constituição de 1988, criando um regime normativo paralelo, que limita, posterga ou suplanta as normas constitucionais permanentes.

Ao passo que é serviente à proposta de condução dos processos de atualização da constituição de 1988, o ADCT é significativamente ampliado, sendo, em número de acréscimos, modificações e supressões, maior que o próprio texto originário, indicando a incapacidade de operacionalização do projeto de sociedade idealizado pelo constituinte. Para além da constatação de inconstitucionalidades, fato não incomum e crível na atuação legislativa, a manipulação dos instrumentos de alteração constitucional converge para o esvaziamento de sentido.

Diante desse cotejo, é permissível extrair dois questionamentos de fundamental importância para o desenvolvimento do presente trabalho: Qual o prejuízo, à força normativa da Constituição, causado pelas emendas que alteram a natureza jurídica das normas transitórias, dilatando ou atalhando o compromisso de efetividade das normas permanentes? E como a constante alteração e inserção de regras transitórias (e a própria forma como foi concebida pelo legislador constituinte) fortalecem a marca da complexidade e da dificuldade de concretização das normas constitucionais pelo sistema político e jurídico brasileiro?

Para tanto, a partir de uma abordagem qualitativa, a pesquisa será pautada em dados bibliográficos, valendo-se da produção teórica desenvolvida pela doutrina brasileira, do

direito comparado e da jurisprudência, enfatizando: os elementos do direito positivo, a filosofia política, o pensamento constitucional brasileiro, a teoria civilista sobre o direito intertemporal, o plano da vigência e validade das normas e a teoria da Constituição.

Entendendo os fatos históricos como ponto de partida para a construção de uma narrativa constitucional compromissada com a ciência do direito presente, mas sem a ambição de, com essas luzes, ofuscar o passado com pré-julgamentos ou conclusões anacrônicas, pretende-se reunir elementos para a apreensão, mais aproximada, do fenômeno das normas constitucionais transitórias para, a partir daí, perceber como se costura a sua relação com o direito intertemporal, poder constituinte originário e reformador.

O primeiro capítulo será voltado à contextualização das normas constitucionais transitórias enquanto um instituto pertencente ao direito intertemporal constitucional. Imerso no contexto de estudo do direito constitucional positivo, o direito intertemporal se propõe ao enfrentamento das questões de conflituosidade normativa, objetivando a conformação e a unidade do sistema jurídico.

Objeto de estudos mais aprofundados no campo do direito civil e processual, o direito intertemporal se projeta no campo do direito constitucional para reconhecer os fenômenos peculiares relacionados ao trinômio tempo, constituição e conflituosidade. Para tanto, serão importantes as contribuições teóricas, sobre a intertemporalidade, de Pontes de Miranda, Limongi França, Campos Batalha, Roubier, Pagés e Diez-Picazo.

Nesse sentido, abordar-se-á no contexto da transição entre ordenamentos a recepção, a não recepção, a revogação e a inconstitucionalidade superveniente, constituindo-se num profícuo debate sobre a interlocução da ordem vigente com o direito pré-constitucional e a conformação do conceito de validade, tendo como contexto teórico as contribuições de Kelsen, Llorente, Mendes e Enterría.

Após isso, a análise da técnica da norma ainda constitucional, apreciando-o à luz da jurisprudência do STF a pertinência e a aplicação. Em seguida, no âmbito das decisões da jurisdição constitucional, a incidência da reprivatização e dos efeitos reprivatatórios, bem como a questão da precariedade das decisões em mandado de injunção nos termos da Lei nº 13.300/2016. Por fim, aproximando-se do estudo das normas transitórias, a discussão sobre as emendas constitucionais ocultas e sua funcionalidade dos processos de operacionalização das modificações constitucionais, sendo relacionadas ao conceito de bloco de constitucionalidade.

O segundo capítulo, como pressuposto à discussão sobre o ADCT, apresenta-se uma proposta de classificação temporal das normas constitucionais para dividi-las em três grupos: normas estabilizadoras do sistema jurídico (cláusulas de irrevogabilidade), incluindo as cláusulas de abertura como as normas constitucionais equivalentes, as normas constitucionais com ânimo de permanência, que garantem de forma mais evidente a capacidade de adequação da constituição durante sua vigência e, por fim, as normas constitucionais transitórias.

Enfrentam-se, neste ponto, as questões mais incisivas sobre o conceito, a natureza jurídica, as características das normas constitucionais transitórias, fazendo uma análise normativa de sua manifestação no constitucionalismo brasileiro. O estudo comparado demonstra o comportamento do legislador constituinte diante da funcionalidade do ADCT, indicando que a mistura normativa insculpida no texto constitucional vigente espelha-se em experiências anteriores, mas que também experimenta novidades pela considerável ação institutiva do legislador originário de 1988. Assim, vale-se da verificação das constituições, dos anais das assembleias constituintes, tendo como referencial comparativo a constituição vigente e os fatos históricos que permearam o seu advento.

Este exame converge numa proposta de classificação das normas que compõem o ADCT da Constituição Federal, tendo como paradigma os estudos vocacionados de doutrinadores nesse sentido (Ferraz, Horta e Barroso), para identificar as normas transitórias quanto: à origem, à matéria (ou conteúdo), à natureza (ou funcionalidade) e à vigência (ou tempo de duração). Essa categorização está relacionada com o aspecto geral de concepção das normas transitórias, mas também aos questionamentos centrais da tese, na medida em que reconhecem anomalias que indicam, justamente, o desvirtuamento do ADCT pelo poder reformador.

O terceiro capítulo discorre sobre os pressupostos da perenidade constitucional, colocando em discussão o papel do poder constituinte (originário e reformador) em relação à garantia da estabilidade e a necessidade de mudança, concebendo, na perspectiva de Ost, a relação entre o tempo e o direito como elementos desmistificadores da noção de um poder constituinte absoluto, mas que se relaciona intensamente com o tempo social para extrair a sua legitimidade.

De um lado, um poder originário que inspira pretensões de durabilidade, vinculando as gerações, sobretudo, por meio de cláusulas de irrevogabilidade e, de outro, o poder reformador que desempenha uma tarefa de aliviar, dentro dos limites jurídicos, o tensionamento entre constitucionalismo e democracia.

São apresentados os elementos normativos que se voltam à garantia de estabilidade da Constituição Federal de 1988 (controle de constitucionalidade, cláusulas pétreas, os mecanismos de contenção entre os poderes, os institutos de controle em situações de anormalidade), suscitando os processos formais de mudança da constituição como centrais à sua perenidade.

Assim, propõe-se uma análise do sistema de alteração das normas constitucionais, quais sejam: a revisão constitucional (art. 3º do ADCT) que, apesar de regra exaurida, ainda provoca manifestações de seu potencial retorno, levando em conta a sua plasticidade; a emenda constitucional equivalente (art. 5º, §3º da CF/88) que, ao aderir ao bloco de constitucionalidade, integra as espécies modificativas e o regime das emendas constitucionais (art. 60), estudado com maior ênfase para discutir, num contexto de uma marca centenária de alterações, os seus limites, excessos, justificativas, bem como o controle jurisdicional das emendas e crítica de Mendes sobre o comprometimento da dimensão democrática pela centralização judicial das questões inerentes à deliberação.

Por fim, o quarto e último capítulo trata da problemática central desta tese de doutoramento, qual seja, a relação entre o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e o comportamento do poder reformador, que desemboca numa série de desdobramentos que afetam diretamente o texto constitucional permanente e indicam, pelas sucessivas reformas ao ADCT, a dificuldade de efetivação dos compromissos constitucionais avençados em 1988.

Para o atingimento deste objetivo, a abordagem parte da apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 829-3 perante o STF, que questionou a validade da EC nº 02/92, diga-se de passagem, a primeira oportunidade em que o Supremo consagrou a tese do controle jurisdicional das emendas constitucionais. Busca-se captar, nas respectivas fundamentações dos votos, as teses que habilitariam de forma irrestrita, gradual ou mesmo proibitiva a atuação do poder reformador em face do ADCT.

Após a análise dos votos, realizou-se a crítica ao formato decisional do STF, tanto para a formação de um consenso, quanto para, em sede de controle concentrado, a necessidade de critérios e prognósticos mais sólidos acerca dos limites de alteração do ADCT. A ausência de sistematicidade decisional, bem como o desinteresse doutrinário pelas normas constitucionais transitórias, convergiram em desdobramentos fáticos perniciosos à força normativa da constituição de 1988.

Perde-se a funcionalidade original de sistema de transposição entre ordenamentos para ocupar a atribuição de coordenação e operacionalização das emendas constitucionais, constituindo-se num âmbito de reiteradas modificações, que tendenciosamente descaracterizam o ADCT para torná-lo um subterfúgio constante às situações que não comportam espaço no texto permanente.

Essa incoerência é verificada, dentre outros motivos, pelo inflacionamento do ADCT, que supera, em número de dispositivos inseridos, alterados e suprimidos, o conjunto de normas originariamente concebidas pelo constituinte. A questão é agravada quando, ao se realizar uma análise panorâmica dessas alterações, perceberam-se sucessivas modificações aos próprios dispositivos inseridos pelas emendas, indicando, não apenas, a banalização das emendas, mas também a desnaturação das normas transitórias.

Com base nessas constatações, realizaram-se reflexões sobre os limites constitucionais do poder reformador em face do ADCT, o que impediria situações ou tentativas de atalhamento do texto permanente, elencando os desdobramentos teóricos e práticos sobre os limites do poder de reformar o ADCT e a impossibilidade de restaurar a eficácia das normas constitucionais exauridas.

Ao final, destacam-se situações práticas que buscam comprovar e responder aos questionamentos centrais que constituem o enfrentamento desta tese. Além de antecipar no decorrer do capítulo outras emendas que incorrem na mesma violação sistemática à Constituição de 1988, elencaram-se quatro casos específicos: a EC nº 58/2008 (criação dos municípios), a EC nº 73/2013 (instituição dos novos TRFs), a EC nº 80/2014 (emenda da autonomia da Defensoria Pública), e a EC nº 88/2015 (ampliação do tempo de permanência dos ministros dos tribunais superiores).

Assim, esta tese pretende demonstrar que o processo assistemático de modificações, de parte considerável, do ADCT desnatura a sua essência para possibilitar a tolerância de um sistema, aparentemente, transitório que se contrapõe ao permanente, onde este estabelece determinações que são, de forma subliminar, desautorizadas por aquele, transformando, em parte, a normatividade constitucional em meras promessas.

2 O DIREITO CONSTITUCIONAL E A INTERTEMPORALIDADE: O ELEMENTO TRANSITÓRIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Ao tratar do direito intertemporal e a sua relação com o ADCT, percebe-se, no campo do direito constitucional, uma discussão pressuposta e bem mais ampla que a mera abordagem reducionista de evidenciá-lo enquanto um recurso pontual e emergente nas situações de transição entre ordenamentos ou de alterações constitucionais. Os seus reflexos, ao menos na Constituição atual, estendem-se vigorosamente a ponto de considerar a intertemporalidade como fenômeno que se entrelaça à essência das normas constitucionais, configurando um elemento não eventual e, principalmente, comprometido com a mudança, a estabilidade e a efetividade da Constituição.

Não é disparate afirmar, principalmente ao constatar a irrequieta história constitucional brasileira de sete constituições, que o ordenamento se ergue sustentado, em grande parte, pelo direito pré-constitucional, existindo uma sobreposição de ordens normativas que se encontram, atualmente, sob a batuta da Constituição de 1988 e que, em certa medida, orientou, ao longo do tempo, o fazer constituinte.

A proposta de análise da intertemporalidade constitucional atende à necessidade de estender o horizonte de discussão sobre a relação entre tempo e constituição, contextualizando a discussão sobre o objeto central desta tese. A primeira resposta mental extraída dessa conexão são os efeitos decorrentes do ato das disposições constitucionais transitórias, que aparecem como vestígio marcante do processo constituinte de concepção da constituição, mediando a acomodação normativa entre ordenamentos para considerar a exigibilidade de conduta e a proteção do patrimônio jurídico consolidado.

A ficção da refundação do Estado pela constituição ou mesmo a mudança por emenda implica considerar não apenas a função da constituição como parâmetro normativo e indutora da política, como também os desdobramentos pertinentes às situações jurídicas pretéritas e de como estes fatos e as normas pré-constitucionais interagem com a nova ordem jurídica. Partindo do pressuposto de que nenhuma constituição dura para sempre, principalmente no

que tange aos novos sentidos desvelados ao longo de sua vigência, é que se faz necessário conhecer de que forma a intertemporalidade constitucional se manifesta.

Para além do ADCT, outros institutos convergem para resolução dos conflitos temporais e o preenchimento de vazios normativos que comprometeriam a estabilidade das relações jurídicas. Nesse sentido, o presente capítulo tem como objetivos maiores discutir a importância do direito intertemporal nos processos de ruptura constitucional, enfatizando os principais institutos do direito intertemporal constitucional, tais como: as questões de revogação e validade nos processos de alteração constitucional, avaliando a relação entre o ordenamento vigente e as normas anteriores à Constituição, incluindo os tratados internacionais de direitos humanos; a discussão sobre a aplicação da norma ainda constitucional enquanto mecanismo de tolerância de situações constitucionais imperfeitas; o mandado de injunção como garantia processual hábil à superação das omissões inconstitucionais e a crítica à teoria intermediária; o efeito repristinatório e os conflitos normativos decorrentes; e, por último, as normas de transição inseridas nas emendas constitucionais.

2.1 O direito intertemporal constitucional e o direito constitucional intertemporal: uma necessária demarcação epistemológica.

A proposição teórica de distinção, antes de mais nada, não possui a pretensão de justificar a criação de ramo formal e autônomo ou mesmo de uma disciplina⁴, tal qual aspiraram, com sucesso e argumentos plausíveis, por exemplo, os teóricos do direito processual constitucional, mas possui a intenção de fortalecer, no âmago do direito constitucional, um campo de análise voltado a realizar estudo comprometido com a dimensão temporal da Constituição e de suas normas, ampliando, ainda mais, a reflexão sobre a aparente dicotomia entre mudança e estabilidade.

Pelayo, Ruffia e Agesta⁵, no direito estrangeiro, bem como Bonavides, Ferreira Filho e Silva⁶, na doutrina pátria, estabelecem que a subdivisão do direito constitucional está

4 Paul Roubier (1960), um dos principais teóricos sobre as questões de intertemporalidade, já admitia a sua vinculação a teoria geral do direito civil, não tendo, ainda, conquistado a sua autonomia. De toda sorte, o direito intertemporal possui princípios, regras e institutos peculiares, além de fundamento constitucional, que habilitariam defender a sua autonomia formal. O fato de não ter uma disciplina própria é de somenos importância, já que é objeto de estudo em diversas outras (direito constitucional, civil, penal, tributário, administrativo, processual, hermenêutica etc.).

5 AGESTA, Luís Sanches. **Curso de derecho constitucional comparado**. Imprenta: Madrid, 1965.

6 SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional comparado**. Malheiros: São Paulo, 2009.

distribuída em três grandes objetos de análise, quais sejam: o direito constitucional positivo, o direito constitucional comparado e o direito constitucional geral⁷.

Ressalta-se que qualquer pretensão classificatória não passa de uma perspectiva individual de enxergar ou tentar didaticamente apreender o fenômeno político-jurídico que permeia o direito constitucional, sendo pertinente afirmar que a categorização serve como instrumento de elucidação de determinado objeto de estudo e que, pelo fato de objeto e sujeito estarem destinados às constantes recriações da percepção humana, não pode ser estática. Por isso, é mais que necessário o cuidado para que a lógica formal não se sobreponha à essência do que se busca trazer a lume neste trabalho.

O direito constitucional positivo, especial ou ainda particular⁸ estaria limitado ao entendimento sobre a formação e composição normativa de uma dada constituição, considerando as suas particularidades acerca dos aspectos de morfologia do Estado, divisão normativa, interpretação, aplicação, limitando-se a uma abordagem pontual de um determinado texto constitucional.

O direito constitucional comparado seria o ramo voltado à análise comparativa entre contextos normativos diversos, levando em conta aspectos temporais e/ou espaciais para a consecução de determinado objetivo analítico (melhor compreensão ou aperfeiçoamento do regime jurídico do paradigma), destacando as singularidades e os contrastes entre normas e institutos das constituições de um mesmo Estado ou de Estados diversos, estando, portanto, vigentes ou não.

E, por fim, o direito constitucional geral, que se propõe a um exame de teorias, institutos e princípios universalmente considerados ou comumente incidentes, ao menos sob uma perspectiva democrático-liberal⁹, ao disciplinamento do direito constitucional e dos ordenamentos jurídicos, indicando a existência de características essenciais que se uniriam para formar uma teoria geral do direito constitucional.

7 RUFFIA, Paolo Biscaretti Di. **Introduzione al diritto costituzionale** comparato. 6. ed. Milano: DOTT. A. GIUFFRÈ, 1988, p. 03. Enquanto premissa metodológica à verticalização dos estudos em direito constitucional comparado, Biscaretti di Ruffia desenvolve, no contexto do direito constitucional, a subdivisão dos objetos de estudo, sedimentando o consenso doutrinário ao afirmar, para além do direito comparado, outros dois ramos: “[...] del *diritto costituzionale particolare* (cioè, attinente ad un unico ordinamento statale) e del *diritto costituzionale generale* (capitolo specifico della teoria generale del diritto, destinato a comprendere nei suoi schemi dommatici una serie vastissima d’istituti, tratti dai più diversi ordenamenti positivi).

8 GARCÍA-PELAYO, Manoel. **Derecho constitucional comparado**. Alianza Editorial: Madrid, 1999, p. 20. Em sua concepção, representaria a disciplina jurídico-constitucional direcionada à interpretação e sistematização e, por vezes, críticas às regras de um determinado Estado.

9 GARCÍA-PELAYO, Manoel. **Derecho constitucional comparado**. Alianza Editorial: Madrid, 1999.

Sagüés¹⁰, visualizando a evolução do direito constitucional e a tentativa de convergência político-normativa dos Estados europeus, menciona o surgimento de um outro ramo, que seria o direito constitucional transnacional, voltado à teorização de uma Constituição para diversos Estados, inspirado numa teoria universalizada de direitos humanos e de reordenação econômica dos blocos regionais.

Diretamente relacionado ao direito constitucional positivo e indiretamente em relação aos demais ramos, a intertemporalidade constitucional seria o campo de análise direcionado à relação entre tempo e Constituição, avaliando os aspectos que precedem e sucedem o advento do novo texto constitucional, bem como a funcionalidade e os efeitos diretos e indiretos dos institutos que se relacionam com a transitoriedade. O direito constitucional intertemporal *lato sensu*, ao mesmo tempo em que trespassa as outras categorias, investe-se de apreciação de institutos fundamentais que tocam a estabilidade e efetividade das normas constitucionais.

A argumentação sobre a essencialidade transversal da intertemporalidade constitucional não é mera retórica justificadora da presente subdivisão, que geralmente remete à generalidade de comandos abertos ou dos denominados brocardos jurídicos genuinamente oriundos de uma teoria privatista do direito, que, por certo, é incapaz de captar as situações decorrentes da essencial tensão entre norma e realidade provenientes da compreensão do direito constitucional. Por óbvio, não há pretensão de capturar a racionalidade das relações de poder pela normatividade, mas verticalizar o estudo sobre os reflexos, teóricos e práticos, mais relevantes no direito constitucional.

Nesse sentido, questões como vigência, eficácia, revogação, normas transitórias, recepção (inconstitucionalidade superveniente), retroatividade, desconstitucionalização, *vacatio constitutionis*, ultratividade, repristinação, efeito repristinatório, previsão temporária de estado de exceção, modulação de efeitos (retroativos, prospectivos e pro futuro), norma ainda constitucional estão diretamente ligados à conformação normativa da Constituição e de sua própria aplicação pelas Supremas Cortes, representando um problema constitucional comum, principalmente, aos Estados que convivem com a crise de efetividade das normas políticas.

O estudo da intertemporalidade, nesse contexto, está vinculado à Teoria da Constituição, mas o seu âmbito de influência ultrapassa esses limites para conferir contornos

10 SAGÜÉS, Nestor Pedro. **La constitución bajo tensión**. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.

decisivos aos institutos constitucionais, merecendo, portanto, um delineamento teórico capaz de evidenciar as suas peculiaridades.

De antemão, a discussão se apresenta com relevância para a teoria, na medida em que possibilita traçar a distinção entre normas tipicamente transitórias, normas de transição e normas permanentes que surtem efeitos temporários ou transitórios, coordenando, sistematicamente, o estudo acerca das normas e institutos do direito constitucional. A análise, portanto, divide-se em dois grupos: o direito constitucional intertemporal e o direito intertemporal constitucional.

O direito constitucional intertemporal cuidaria daquelas normas permanentes que, por situações de excepcionalidades, criam regimes ou relações jurídicas temporárias/precárias com prazos prefixados ou, ainda, indeterminados, com o objetivo de dar vazão às determinações constitucionais no que tange à consecução de direitos subjetivos ou de preservação e funcionalidade das instituições do Estado de Direito como, por exemplo: as medidas provisórias, o estado de sítio, o estado de defesa, a intervenção etc. A aplicação de tais regras constitucionais importam na geração de efeitos temporários, sem desnaturar, entretanto, a característica de serem normas permanentes.

De outro lado, o direito intertemporal constitucional cuidaria das questões inerentes aos processos de transição entre ordens jurídicas ou de simples mudanças constitucionais, englobando tanto as normas tipicamente provisórias/transitórias (como os ADCTs e outras normas transitórias da Constituição) e as normas de transição, quanto os institutos e fenômenos jurídicos que norteiam os processos constitucionais de mudança, tais como: a recepção, a não recepção, a constitucionalidade e a inconstitucionalidade supervenientes, a desconstitucionalização, a *vacatio constitutionis*, a norma ainda constitucional, a decisão em mandado de injunção, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

A diferenciação se faz necessária em razão de que esse estudo está direcionado ao tratamento do direito intertemporal constitucional por guardar, em seu gênero, afinidades com o objeto central da pesquisa, sobretudo, da relação entre ordenamentos e a função das normas transitórias. Não se negligencia, portanto, a existência e a importância do direito constitucional intertemporal; entretanto, a sua abordagem, nessa oportunidade, não seria conveniente para a coerência que se pretende imprimir¹¹.

11 Os institutos elencados pela sugestão de classificação, principalmente em relação ao estado de sítio e de defesa, remontam uma discussão ainda mais vertical do direito constitucional, visto que tratam das situações de exceção à integralidade de aplicação das normas constitucionais pelo “suspeito motivo” de preservação das instituições

A relação entre o direito constitucional e o direito intertemporal tem importância para introduzir a verticalização do presente estudo, pois, como se pretende demonstrar, as consequências são diversas e imprescindíveis ao entendimento do contexto em que se inserem o papel das normas constitucionais transitórias.

2.2 O papel da intertemporalidade nos processos de ruptura constitucional

O direito intertemporal, apesar de coadjuvar pelos bastidores das relevantes alterações normativas, representa um mecanismo decisivo para a preservação dos direitos incorporados ao patrimônio jurídico dos indivíduos e a sistematicidade das normas, adequando os propósitos legislativos a uma realidade social que, não necessariamente, está preparada ou ciente dos efeitos advindos de uma ruptura. Toda mudança normativa de grandes proporções é precedida e sucedida de instabilidade quanto ao alcance e a operacionalidade dos velhos e dos novos institutos, permitindo, ainda que não desejados, incertezas e vácuos no que tange à eficácia social das normas.

O ato de revogação, apesar de consistir na perda da vigência de uma lei anterior, não resulta em um corte limpo no que tange à superação total da lei revogada, pois subsiste, no conceito de Díez-Picazo, uma eficácia residual, o que, no direito brasileiro, é mais conhecido por ultratividade. Disso resultam, inevitavelmente, conflitos de leis no tempo¹².

A relação entre tempo e direito é intensa e problemática, pois a acomodação normativa pressupõe, minimamente, a consonância com uma série de fatores extranormativos intangíveis, tais como a política, a economia e os usos e costumes de uma dada realidade. E as normas intertemporais teriam a ingrata missão de regular as situações de transição entre sistemas normativos, pois, ainda que exista essa preocupação legislativa, a complexidade põe em xeque a mera tentativa reducionista de captar, pela criação de normas genéricas ou específicas, a realidade. O tempo, enquanto construção cultural das sociedades, condiciona as suas demais instituições, definindo-se como “interpretação social da realidade em relação à diferença entre

democráticas, na medida em que há a institucionalização da anormalidade, resgatando-se um clássico conceito schmittiano de “ditadura comissária”. Em razão de um estado de necessidade, admite-se a emergência de uma legalidade extraordinária (decreto presidencial) capaz de suspender, parcial e temporariamente, direitos e garantias fundamentais, tendo em vista debelar a instabilidade que afeta a ordem social.

12 DIEZ-PICAZO, Luís Maria. **La derogación de las leyes**. Madrid: Civitas, 1990, p. 182. Para o referido autor: “O direito intertemporal é, assim, o conjunto de normas que regulam a sucessão de leis no tempo e dão soluções aos conflitos que esta origina” [Tradução nossa]. “El derecho intertemporal es, así, el conjunto de normas que regulan la sucesión de leyes en el tiempo y dan solución a los conflictos que ésta origina” [Texto original].

passado e futuro”¹³. E com o direito não seria diferente¹⁴.

Na acertada concepção de França¹⁵ (1968), a lei, enquanto expressão proeminente do direito, projeta os seus efeitos em duas dimensões: a espacial e a temporal, funcionando como um mecanismo de graduação dos efeitos de um ato normativo, desde o início da sua vigência até a sua revogação. A retirada de uma lei ou a revogação global de um sistema normativo, por exemplo, envolve uma série de desdobramentos que repercutem na unidade do ordenamento e, principalmente, no exercício de direitos individuais, legitimamente, incorporados ao patrimônio jurídico dos cidadãos.

Apesar de a ruptura normativa não ser de fenômeno incomum ao direito constitucional, seja no contexto da manifestação constituinte, seja do poder de reforma, os estudos pertinentes à intertemporalidade das regras jurídicas se restringem às análises pontuais, inerentes às mudanças ocorridas e aos possíveis conflitos temporais advindos destas, não se concebendo enquanto um ramo autônomo do direito. E, de certo modo, seria incoerente propor essa fragmentação, pois a sua transversalidade lhe permite transitar pelas várias searas, sem, contudo, retirar-lhe a importância merecida ou identificá-lo como pertencente a esse ou aquele objeto de estudo do direito.

Não há como negar, entretanto, que as suas raízes mais profundas estão fincadas em solo civilista, que pioneiramente se preocupou em delinear os limites da atuação do Estado em face das liberdades individuais, evitando, sob o pretexto de cumprimento da lei, o cometimento de abusos¹⁶ e ilegalidades. No âmbito dos estudos do direito constitucional, poucos autores dispensaram a atenção que o tema merece, restringindo-se a uma abordagem

13 LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1985, p. 274.

14 CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. *A intangibilidade constitucional do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito: a ordem jurídica entre permanência e mudança*. In: ROCHA, Maria Vital da; CARVALHO, Paulo Rogério Marques de. **25 anos da Constituição Federal de 1988: os direitos fundamentais em perspectiva**. Fortaleza: Expressão gráfica, 2013, p. 237. “Perceber o tempo como uma manifestação da subjetividade humana é, de certa forma, entender o homem com ‘senhor’ dos seus efeitos, notadamente quanto aos objetos culturais. A cultura que se faz e se ressignifica com a transformação da história, inserida na temporalidade, deve ser ela mesma compreendida como construção plástica, mutável no eterno ‘vir-a-ser’. Esta plasticidade da cultura precisa ser mediada, no âmbito jurídico, por certas ‘normas de transição’, que garantem a segurança na mudança, impedindo que a falta de confiança no Direito abale os seus níveis de eficácia”.

15 FRANÇA, Rubens Limongi. **Direito intertemporal brasileiro: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido**. 2. ed. rev. e atual. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968.

16 Nesse sentido, ver: ROUBIER, Paul. **Le droit transitoire (conflit des lois dans le temps)**. 2. ed. Paris: Dalloz et Sirey, 1960; GABBA, C. F. **Teoria della retroattività delle lege**. Torino: Unione, 1891; PACE, Gaetano. **Il diritto transitorio con particolare riguardo al diritto privato**. Milano: Casa Editrice Ambrosiana, 1944; MAXIMILIANO, Carlos. **Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis**. 2. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1955, p. 7. Este último identifica o direito intertemporal como ramo que: “Traça preceitos gerais, bem orientados e de cunho político, tendentes a resolver questões de aplicação, no tempo, de quaisquer leis, nacionais ou estrangeiras”.

lateral da intertemporalidade.

O direito intertemporal¹⁷ representaria um mecanismo latente que emerge nas situações de crise jurídica, objetivando dimensionar o alcance dos efeitos de uma determinada norma ou de atos jurídicos vinculantes, propiciando, por fim, uma resposta do sistema jurídico à intertemporalidade conflitual¹⁸, tendo como pressuposto a repercussão das mudanças operadas na legislação.

Representa a situação em que o direito, comumente vocacionado a prescrever condutas, regula a si mesmo. Fiore¹⁹ adverte que, em algumas situações, a aplicação de uma regra aparentemente simplista pode demandar um considerável esforço para a ciência do direito, no que tange à definição do marco temporal em que presente e passado não se misturam, sob o ponto de vista da aplicação retroativa da lei nova.

Ao legislador, à doutrina e à jurisprudência, no que tange à conformação das regras no plano ontológico, cabe a realização de suas atribuições que se unem para o combate das atecniais e das violações a princípios gerais inerentes à segurança jurídica e ao interesse social. Ao primeiro cumpre a observância sistemática do ordenamento jurídico no momento de criação das normas revogadoras e, caso seja necessário, a formação de um regime transitório e, aos outros dois, formar o entendimento sobre as potenciais lacunas normativas e os conflitos de aplicação²⁰.

Tem-se como exemplos de maior repercussão transicional, dentro da ordem jurídica vigente, a incidência do Código Civil de 2002, do Código de Processo Civil de 2015 e da ampla reforma da Consolidação das Leis do Trabalho em 2017²¹. A magnitude das mudanças

17 Nesse sentido, vale a conceituação de Rolando Quadri (RETIRADO DO PARECER DA EC Nº 2) sobre o direito transitório: “como o complexo de normas que, como se pode dizer, regem a eficácia das leis no tempo, o que é claro no chamado direito intertemporal, adverte que se trata de normas que têm por escopo constituir um laço entre a experiência jurídica com base em normas ab-rogadas e aquelas futuras, atenuando os efeitos psicológicos e sociais das mudanças bruscas no ordenamento jurídico, dando um sentido gradual às próprias mudanças, tornando possível o entrosamento entre as situações anteriores e o novo regime”.

18 BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 17. O autor conceitua a intertemporalidade como “[...] o conjunto de soluções adequadas a atenuar os rigores da incidência do tempo jurídico com o seu poder cortante e desmembrador de uma realidade que insta e perdura”.

19 FIORE, Pascuale. **De la irretroactividad e interpretación de las leyes**: estudio crítico y de legislación comparada. Traducción: Enrique Aguilera de Paz. 4. ed. Madrid: Reus, 2009.

20 Entende-se, ainda, que o Poder Executivo exerce papel fundamental na materialização dos propósitos normativos, seja aperfeiçoando a lei, quando lhe compete fazê-lo por meio das Medidas Provisórias, seja por meio da concretização de políticas públicas.

21 A discussão sobre a intertemporalidade e a aplicação de institutos trabalhistas, no contexto da reforma trabalhista, foi, ainda mais, verticalizada após a edição e caducidade da Medida Provisória nº. 808/2017. A pretexto de elucidar e pacificar impasses acerca do alcance de normas de duvidosa validade, em que pese o pressuposto de presunção de constitucionalidade das normas, o Executivo ampliou as incertezas sobre a formatação da principiologia do direito do trabalho, sobretudo, em relação ao princípio da norma mais favorável

e o plexo de relações jurídicas reguladas pelo primeiro diploma normativo importaram numa profunda discussão legislativa, doutrinária e jurisprudencial que até hoje trazem implicações práticas na interpretação do referido Código. O mesmo ocorre em relação ao CPC/2015, principalmente, no que tange à importação de determinados institutos processuais e à necessária mudança cultural; observar-se-á um longo e demorado processo de acomodação normativa até a transição definitiva e a afirmação dos institutos processuais.

O processo de revogação e de superação fático-normativo de um regime jurídico ou de regras pontuais se agiganta, em termos de complexidade, quando se está diante das mudanças constitucionais. O advento de uma nova Constituição, de vultuosas alterações empreendidas pelo poder reformador ou mesmo de uma decisão expressiva da jurisdição constitucional que resulte em uma mutação ou no seu cumprimento postergado ou prospectivo, no que toca aos efeitos temporais, implicam a suscitação da intertemporalidade, tendo em conta a força que uma modificação constitucional impele às situações jurídicas, até então, consolidadas.

Diante da manifestação, portanto, do poder constituinte (originário ou reformador) exsurge a preocupação de dar vazão às novas normas, apoiadas no direito transitório e em disposições gerais. Isso é visivelmente identificado quando se está diante do ADCT ou mesmo das Emendas Constitucionais que trazem, no seu bojo, normas acessórias de implementação de um novo regime jurídico previdenciário, tributário ou de reformulação da gestão judiciária, a título de exemplo²².

A garantia da inviolabilidade da segurança individual, conforme previsão no “caput” do art. 5º da atual Constituição e também presente nos demais textos constitucionais anteriores, é uma grata herança do processo histórico de afirmação dos direitos fundamentais em face da limitação do poder do Estado, estatuinto como regra a irretroatividade das leis e o respeito ao direito adquirido. Esse propósito assecuratório das garantias individuais do cidadão em face do exercício ilegítimo do poder estatal foi, objetivamente, reproduzido na constituição norte-americana ao vedar o caráter retroativo de leis que possam causar efeitos negativos na seara dos contratos e do direito penal.

a pretexto de ampliar uma autonomia individual de negociação que, em regra, inexistia nas relações empregatícias. O Parecer n. 00248/2018/CONJUR-MTB/CGU/AGU da Advocacia-Geral da União (AGU) manifestou o entendimento sobre as regras da MP que caducaram em razão da não conversão em lei pelo Congresso Nacional. 22 A própria atuação da jurisdição constitucional diante de uma crise jurídica pode se valer da intertemporalidade para garantir o respeito às situações jurídicas já consolidadas. Pode-se citar como exemplo a usual aplicação do art. 27 da Lei n. 9868/99, art. 11 da Lei n. 9.882/99 e do art. 927, §3º e §4º do CPC/2015, que permite a modulação dos efeitos da decisão judicial em evidente junção entre as teorias da nulidade e anulabilidade no controle de constitucionalidade.

Para fins de melhor entendimento sobre a intertemporalidade e sua relação com os fenômenos normativo-constitucionais, importa destacar que a sistemática de transição entre ordens jurídicas, na visão de Pontes de Miranda²³, está centrada em dois princípios basilares: a continuidade da legislação; e a imediata incidência das regras jurídicas constitucionais. Pode-se, ainda, atrelados a estes, acrescentar os princípios da confiança e da segurança jurídica como elementos justificadores da manutenção do direito pré-constitucional, todos estes princípios respaldados no direito constitucional positivo.

Ambos os princípios citados se relacionam para balizar o conjunto de condutas que devem, via de regra, orientar a compreensão sobre a inter-relação entre o velho e novo sistema normativo, assegurar a coerência nos planos lógico e fático da incidência das normas, bem como oferecer segurança jurídica às relações já consolidadas, sem comprometer a força normativa da Constituição vigente.

O princípio da continuidade da legislação tem por finalidade o preenchimento do “vazio jurídico”²⁴, possuindo uma dupla função no que tange à manutenção da segurança jurídica tanto para as relações pretéritas, quanto para as situações a serem travadas no contexto do novo ordenamento jurídico, evitando ausências normativas que poderiam comprometer a sua sustentabilidade e efetividade. Apresenta-se como um princípio articulador, por excelência, da ordem constitucional vigente e as demais ordens jurídicas precedentes²⁵.

É um pressuposto tão caro ao ordenamento pátrio, que sustenta a aplicabilidade de normas de intensa incidência na realidade constitucional de 1988, tais como: o Código Penal e de processo penal, a CLT e até pouco tempo (2002) um Código Civil, da época da instauração da república (1916) e, recentemente (2015), o Código de Processo Civil, instituído durante o regime militar (1973). A partir de tal realidade, importa asseverar que o poder constituinte e o direito pré-constitucional são institutos miscíveis, levando o poder vinculativo e indispensável à obra constituinte.

O acolhimento da legislação anterior pela nova Constituição, como se verificará mais detidamente no próximo tópico, tem como pressuposto a compatibilidade material, fundada na decisão constituinte em admitir ou não a recepção do direito pré-constitucional. Nesse

23 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, tomo VI.

24 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947. v. IV.

25 PAGÉS, Juan Luis Requejo. **Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

sentido, Pontes de Miranda²⁶ é categórico ao afirmar que: “a vida jurídica do país não sofre colapso com a passagem de uma era para outra, senão no que concerne às exigências que hajam de ser atendidas *ex novo*”. Do contrário, ela subsiste redimensionada no contexto de um novo fundamento de validade.

Já o *princípio da imediata incidência das regras jurídicas constitucionais (regra de irretroatividade das leis)* informa que o novo texto constitucional tem incidência a partir de sua entrada em vigor, não atingindo, a não ser que assevere expressamente, fatos anteriores²⁷. França (1968), sob o pálio da ordem constitucional de 1967, já afirmava com fundamento normativo na inviolabilidade da segurança (art. 150)²⁸ o entendimento do legislador constituinte acerca da proteção aos direitos adquiridos²⁹.

Embora o legislador constituinte, sob uma perspectiva de sua teoria clássica, não esteja vinculado ao comando da irretroatividade, poderá criar, no contexto das garantias individuais, situações de vedação absoluta à retroatividade da lei, estabelecendo, enquanto pressuposto de sustentação do Estado Democrático, proibições que possam resultar em retrocesso ao complexo e não-linear processo de conquistas de direitos³⁰. Nesse sentir, a vedação ao retrocesso, dentro de uma ambiência democrática de concepção de uma nova ordem jurídica, deve ser considerada para fins de preservação das liberdades conquistadas.

O mesmo autor invoca o fluxo natural de concepção e efeitos advindos da vigência da norma jurídica e da impossibilidade de esta surtir efeitos pretéritos a sua entrada em vigor, não atingindo fatos anteriores consolidados e os seus efeitos, reforçando a ideia de retroatividade como excepcionalidade. Miranda, no mesmo sentido, assevera que normas

26 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, tomo VI, p. 382-383.

27 Na discussão de direito intertemporal, três situações são comumente mencionadas (fatos passados, fatos futuros e fatos pendentes), com proeminência do último, tendo em conta que este projeta os seus efeitos para o futuro, ainda que os fatos tenham ocorrido sob a vigência da lei anterior.

28 O mesmo sentido do dispositivo citado é reproduzido no art. 5º da Constituição Federal de 1988, bem como nas outras Constituições brasileiras, reforçando a segurança jurídica enquanto uma garantia individual vedatória de possíveis retrocessos advindos da retroatividade da lei. Tal qualidade não impede ou vincula, entretanto, a vontade do legislador constituinte, além do que a irretroatividade comporta, a depender da questão, exceções.

29 ROUBIER, Paul. **Le droit transitoire (conflit des lois dans le temps)**. 2. ed. Paris: Dalloz et Sirey, 1960, p. 90 *apud* NORONHA, Fernando. **Indispensável reequacionamento das questões fundamentais de direito intertemporal**. Revista dos Tribunais | vol. 837/2005 | p. 55 - 78 | Jul / 2005. Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 2 | p. 199 - 232 | Out / 2010 DTR\2005\518: “O ofício da lei é reger o futuro; o passado não está mais sob seu poder. Em qualquer lugar onde a retroatividade fosse admitida, não somente a segurança não existiria mais, mas nem mesmo a sua sombra”

30 FIORE, Pascuale. **De la irretroactividad e interpretación de las leyes: estudio crítico y de legislación comparada**. Traducción: Enrique Aguilera de Paz. 4. ed. Madrid: Reus, 2009, p. 29. Evidentemente, el desarrollo de la libertad civil habría de sufrir grave daño, si el ciudadano, al obrar según y conforme la ley para adquirir derechos, pudiera temer que otra ley posterior le privasse de los que legitimamente adquirió.

jurídicas, via de regra, são vocacionadas a regular situações futuras “[...] e é assim, desde logo, com as da Constituição originária enquanto refunde o ordenamento jurídico estatal”³¹.

Barbosa (1948) é categórico ao afirmar que o sentido dessa garantia individual é a proteção contra a retroatividade lesiva, ou seja, aquela que atinge as situações jurídicas consolidadas. O princípio da irretroatividade, portanto, garante a ultratividade da lei revogada no que diz respeito ao direito adquirido. O consenso sobre a irretroatividade lesiva, no contexto da intertemporalidade constitucional de 1988, foi recentemente contemplado pela edição da Lei nº. 13.300/2016, que regulamentou o processamento do mandado de injunção e os limites de eficácia da lei superveniente à decisão aditiva, que regulamentou o gozo de uma liberdade fundamental inviabilizado pela omissão do legislador em não criar a norma regulamentadora à Constituição.

Não há dúvidas de que *a confiança e a segurança jurídica* são princípios balizadores do exercício do poder reformador, haja vista que a previsibilidade e a coerência dos atos legislativos são pressupostos inarredáveis à concretização do Estado Democrático de Direito, que está diretamente vinculado à ideia de legitimidade, juridicidade e de preservação do patrimônio jurídico dos cidadãos. Segurança jurídica e confiança representam, portanto, balizas limitadoras da ação estatal, na medida em que protegem a individualidade em face da decisão majoritária de mudar a situação jurídica estabilizada, pois o processo de decisão democrática também deve considerar o direito adquirido.

Tais princípios, do mesmo modo, servem de fundamento para assegurar uma série de situações consolidadas em regimes constitucionais anteriores, limitando o constituinte nos processos de transição constitucional, não sendo admissível crer ou defender, ao menos faticamente, a existência de uma cláusula de irresponsabilidade absoluta conferida ao poder criador de uma constituição. Tal afirmação se justifica no amplo rol de indícios grafados nas normas de transição, bem como na recepção do direito pré-constitucional, sendo, no mínimo, arriscado afiançar o atributo mítico e histórico do poder constituinte originário.

É forçoso admitir que mesmo o poder constituinte originário encontra limites para sua manifestação, pois um poder que tenha pretensões de legitimidade não poderia prescindir das garantias individuais já consolidadas no âmago da sociedade. Negar o processo histórico de conquistas de direitos fundamentais representaria abrir mão do exercício legítimo pela

31 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, tomo VI, p. 340.

refundação de uma nova ordem jurídica.

A confiança é a base das relações sociais. Em sua função precípua, a lei tem por finalidade propiciar, ao menos, a sensação de que aquele pressuposto é preservado diante das oscilações do sistema normativo. Por isso, conforme assevera Campos³², a lei é feita, salvo exceções, para durar indefinidamente ou com uma “presunção de permanência fictícia que permite a criação de uma base de confiabilidade entre sujeito e estado/legislador”.

2.3 Intertemporalidade, hiato constitucional e interação entre ordenamentos jurídicos: relação entre normas constitucionais originárias, normas constitucionais derivadas e normas infraconstitucionais.

A manifestação do poder constituinte originário é situação que acarreta desdobramentos severos à sistematização das relações jurídicas pautadas na segurança ofertada, ao menos em termos de sensação, pelas leis vigentes. Uma das maiores preocupações em momentos de rupturas constitucionais é evitar o vácuo normativo e o caos nas situações consolidadas, ainda que não se possa falar em direito adquirido, em regra, em face de normas originárias. O art. 17 do ADCT traz justamente a aplicação do regramento constitucional acerca do teto remuneratório da administração pública, incidindo sobre os efeitos pendentes de normas anteriores³³.

Parece contraditório, inclusive, pensar que, nestes momentos de superação normativa, preza-se pela observância do princípio da continuidade das regras jurídicas criadas sob o pálio da Constituição anterior, ou seja, não se trata, propriamente, da reprodução fiel da semântica da palavra “ruptura”, pois, sem a legislação anterior, não haverá suporte fático e normativo para assegurar as condições razoáveis de efetividade da nova Constituição. Silva³⁴ oportunamente atesta que “uma nova Constituição não cai no vazio, porque se insere numa ordem jurídica preexistente”.

Essa realidade se contrapõe à acepção clássica de capacidade destrutiva, construtiva e

32 CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. A intangibilidade constitucional do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito: a ordem jurídica entre permanência e mudança. In: ROCHA, Maria Vital da; CARVALHO, Paulo Rogério Marques de. **25 anos da Constituição Federal de 1988: os direitos fundamentais em perspectiva**. Fortaleza: Expressão gráfica, 2013.

33 A norma do art. 17 do ADCT/1988 impõe a imediata redução de proventos auferidos em desacordo com os preceitos constitucionais, vedando, ao mesmo tempo, a percepção de excesso sob invocação de direito adquirido ou a qualquer título. Tratamento diverso relativamente à vantagem de caráter pessoal denominada "adicional por tempo de serviço". [[RE 170.282](#), rel. min. Ilmar Galvão, j. 5-8-1997, 1ª T, DJ de 31-10-1997].

34 SILVA, José Afonso. **Um pouco de direito constitucional comparado**. São Paulo: Malheiros, 2009.

de completude do poder constituinte originário, enquanto força que inaugura e dá vida a uma nova ordem jurídica, rechaçando, por inteiro, a normatização anterior. O novo sistema jurídico, antes mesmo de imprimir a sua força irradiante para as situações prospectivas, precisa enxergar, no retrovisor da historicidade de sua concepção, as nuances entre continuidade e ruptura, pois, por mais que em tese se afirme o poder de negação da manifestação constituinte, as intencionalidades consubstanciadas em fatos do presente coordenam as ações do legislador constituinte³⁵.

Ele é, acima de qualquer coisa, histórico e, portanto, comprometido. Cunha Ferraz³⁶ admite que raramente, ao não ser por uma incisiva ruptura, uma nova ordem jurídica cai no vazio, estando profundamente vinculada aos aspectos contextuais (tradição, cultura etc.) da normatividade anterior. Barroso³⁷ adverte, no mesmo sentido, que: “Mesmo quando uma nova Constituição represente uma ruptura jurídica, via de regra não há um rompimento absoluto com uma certa cultura, um certo processo histórico, um condicionamento nacional”.

O direito intertemporal constitucional cuida das questões de aplicação da lei pré-constitucional em face da nova Constituição, perquirindo, com fundamento nos princípios da incidência imediata das normas e da continuidade da legislação, sobre a sua recepção ou revogação. No mesmo sentido, a intertemporalidade ultrapassa o âmbito do direito pré-constitucional para alcançar, também, situações de aplicação transitória decorrente de normas tipicamente transitórias ou de institutos da Constituição que produzem direta ou indiretamente efeitos temporários.

O advento de uma nova Constituição importa a revogação automática da anterior, prescindindo, nesse sentido, de qualquer menção expressa a respeito, pois o ato criador pressupõe a ab-rogação do antecessor ou, na dicção de Miranda, “revogação global ou de sistema”³⁸. Do contrário, quando o poder originário manifestar interesse em recepcionar

35 PAGÉS, Juan Luis Requejo. **Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 126. “Quiero decir que la sucesión en el tiempo de un conjunto de Constituciones nunca – o sólo em contadas ocasiones – se verifica em los radicales términos que se desprenden de teoría tan ablativa y radical como la del poder constituyente.

36 FERRAZ, Anna Cândido da Cunha. A transição constitucional e o ato das disposições constitucionais transitórias de 05.10.1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 26/1999, p. 54-68, jan-mar, 1999.

37 BARROSO, Luís Roberto. **Disposições constitucionais transitórias (natureza, eficácia e espécies)** - delegações legislativas (validade e extensão) poder regulamentar (conteúdo e limites). *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* | vol. 1 | p. 489 - 506 | Maio / 2011 DTR\2012\993, p. 02.

38 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2013, v. 1, Tomo II, p. 341. É indispensável, no que tange à classificação sobre o fenômeno normativo da intertemporalidade constitucional, mencionar o esforço teórico de Jorge Miranda, que, de forma minudente, traça as distinções, tendo como critérios a abrangência da modificação e o grau hierárquico das normas, a respeito dos desdobramentos da mudança

normas do texto constitucional sucedido compatíveis, deverá fazê-lo expressamente, não sendo correto presumir a subsistência da norma constitucional anterior quando não conflitar com a posterior³⁹.

Essa imposição normativa comporta exceção na medida em que o próprio texto constitucional pode estabelecer a *vacatio constitutionis* (vacância ou período de latência), que se perfaz na prorrogação temporal do início da vigência de uma constituição ou de uma nova emenda, a contar da publicação de sua promulgação. Essa espécie normativa possui regime peculiar, não se lhe aplicando, em nenhuma hipótese, as regras da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, conforme entendimento do STF (RE nº 633441 AgR).

Anuncia preventivamente o advento, a futuro certo, de uma nova legislação, preparando a sociedade para entender a sua complexidade e, conseqüentemente, tornando-a, em tese, propícia a melhor receptividade. Nesse período não há coexistência normativa e, portanto, observância obrigatória, não se cogitando revogação ou invalidade em face do novo texto. A norma constitucional antiga continua vigente até o momento em que se depara com a revogação pelo novo. A entrada em vigência da Constituição de 1967, por exemplo, ocorreu após 50 dias de sua promulgação, nos termos do art. 189, bem como da EC nº 1/69, com uma *vacatio* de 30 dias.

Conforme mencionado, a revogação pode ser global, importando, por ato do poder constituinte originário, a revogação de todo o sistema anterior. Mas a revogação também poderá ser parcial, quando emanar de ato do poder reformador⁴⁰. Nessa ocasião, para fins de apreciação da compatibilidade de ato normativo *infra* com tal variação constitucional, ainda

constitucional. Para o autor, existe uma clara distinção entre novação e recepção material, tratando-se a primeira da compatibilidade das normas infraconstitucionais com a Constituição; e a segunda fazendo menção à manutenção de normas constitucionais anteriores, permanecendo enquanto apêndice da Constituição vigente. Em caso revogação desta, ocorrerá a revogação reflexa ou caducidade. Entende-se, contrariamente, que se todas as normas anteriores são novadas, em razão da força irradiante da norma constitucional, não há justificativa para a diferenciação quanto ao critério de compatibilidade material. A diferença reside, tão apenas, na hierarquia, resultando em modos distintos de recepção formal. Quanto à desconstitucionalização, o autor faz referência, conforme será visto neste tópico, àquelas normas constitucionais anteriores que são recepcionadas como lei ordinária. Por fim, com entendimento contrário à construção doutrinária e jurisprudencial do Brasil, Jorge Miranda faz a seguinte divisão quanto à incompatibilidade das normas anteriores: a) normas constitucionais anteriores são revogadas; b) normas infraconstitucionais padecem de inconstitucionalidade superveniente.

39 Maria Helena Diniz (2009), ao tratar da desconstitucionalização, defende a tese, da qual se discorda, de recepção implícita das normas constitucionais que não conflitarem com a nova Constituição, considerando-as vigentes, mas assumindo, entretanto, a natureza de norma ordinária, tendo como fundamento o princípio da continuidade da legislação compatível.

40 O Supremo, nas Representações de Inconstitucionalidade ns.º. 765/CE, 969/DF, 1.012/SP e 1.334/PR, consolidou o posicionamento de que a natureza da apreciação de norma infraconstitucional anterior e norma constitucional superveniente, seja por ato poder constituinte ou constituído, é matéria resguardada ao direito intertemporal.

que tenha sido editada durante a ordem jurídica vigente, será levado em conta o critério temporal de inserção da alteração ao texto da Constituição, restando ao poder jurisdicional, controle incidental ou concentrado, a prerrogativa de decretar a não-recepção do ato normativo anterior à modificação empreendida pela emenda ou revisão constitucional.

As Constituições do Brasil de 1988 e da Itália de 1947, por exemplo, não possuem previsão derogatória expressa das normas que se contrapõem aos seus textos. Tal situação, entretanto, não obsta a revogação de todos os atos normativos contrários, pois a pretensão de supremacia e de fundamento do novo ordenamento jurídico importa, implicitamente, em conformação vinculativa, tanto em relação à Constituição, no seu todo, como em relação a todas as leis infraconstitucionais refratárias ao sistema normativo.

Negar o efeito de derrogação “automática⁴¹” das normas contrárias por ausência de previsão expressa seria o mesmo que subverter a ordem hierárquica da Constituição⁴² ou, mais precisamente, a ideia de que a lei posterior não revoga tacitamente a anterior⁴³. Essa assertiva, ao contrário dos textos constitucionais mencionados, encontrou previsão expressa nas Constituições brasileiras de 1891⁴⁴, 1934⁴⁵ e 1937⁴⁶, bem como, por exemplo, nas Constituições alemãs de 1919⁴⁷ e 1949⁴⁸.

À luz de uma comparação sincrônica e levando em conta a perspectiva do direito intertemporal constitucional nos ordenamentos sul-americanos, as atuais Constituições tratam do tema, em sua maioria, valendo-se, nas disposições transitórias ou em regra específica, de

41 Fala-se que a revogação é automática em relação à cassação dos efeitos, em caráter retroativo, até a data da vigência da nova norma constitucional, mas é sabido que nem sempre é possível realizar esse juízo de compatibilidade *prima facie*. Pouco importa, portanto, o grau de importância material do comando constitucional ou se a violação a um direito fundamental é perceptível *prima facie*. Ao menos para a realidade brasileira, apenas o controle jurisdicional teria a prerrogativa de afastar a incerteza a respeito da compatibilidade. Em sentido contrário, Enterría (1985).

42 Esse argumento, muito utilizado pela jurisprudência do Supremo, é contraditório na medida em que, apesar da expressividade da força normativa da Constituição e de ocupar o grau máximo do patamar hierárquico do sistema de normas, teoria da recepção pressupõe o “mero juízo” de revogação ou não de norma posterior em face da anterior.

43 SILVA, José Afonso. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 313. O autor reforça, em relação à cláusula revocatória nas Constituições, são meramente retóricas, “[...] porque a constituição anterior já se extinguiu por outros processos, geralmente não jurídicos”.

44 Art. 83 - Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime no que explícita ou implicitamente não forem contrárias ao sistema do Governo firmado pela Constituição e aos princípios nela consagrados.

45 Art. 187 - Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explícita ou implicitamente, não contrariarem as disposições desta Constituição.

46 Art. 183 - Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explícita ou implicitamente, não contrariem as disposições desta Constituição.

47 Art. 178 - As outras leis e decretos do Reich permanecem em vigor, a menos que contradizem a constituição.

48 Art. 123. O direito vigente anterior à reunião do Parlamento Federal continuará válido, desde que não seja contrário à Lei Fundamental.

cláusula derogatória expressa em relação ao direito pré-constitucional incompatível ou mesmo em face da Constituição anterior⁴⁹.

É o caso da Constituição peruana de 1993 (na décima sexta disposição transitória), da colombiana de 1991 (art. 380) e a do Suriname de 1987 (art. 182), que estabelecem a substituição de suas respectivas constituições, revogando-as taxativamente. No mesmo rumo orienta-se a Constituição paraguaia de 1992, em seu art. 1º, ao derogar a Carta de 1967 e sua emenda de 1977.

A Constituição boliviana de 2009, além de estabelecer a ab-rogação do texto constitucional anterior e de suas emendas, possui previsão específica no art. 9º das disposições transitórias quanto à manutenção da vigência, com força de lei, dos tratados internacionais que não sejam incompatíveis, competindo ao chefe do Executivo denunciar ou renegociar os termos dos demais que se orientam contrariamente.

O texto constitucional do Equador de 2008 bem como o da Venezuela são mais específicos ao declararem, em regra apartada das disposições transitórias, não apenas a revogação das constituições, mas de toda norma contrária às suas disposições, enfatizando a manutenção do ordenamento jurídico anterior desde que compatível com ela⁵⁰. Os demais textos constitucionais vigentes do Uruguai, da Argentina, do Chile e do Brasil, conforme mencionado acima, não trouxeram previsão expressa sobre a revogação de suas constituições anteriores ou de normas incompatíveis do ordenamento anterior.

Claramente, a norma constitucional recepcionada deixa de ser marco referencial de supremacia do ordenamento para se submeter às regras do sistema jurídico vigente, não sendo admissível a derrogação apenas das normas incompatíveis, mas de todo o complexo de normas que compõem a Constituição formal, ainda que se trate de reprodução literal do texto anterior.

Ressalte-se, a título de crítica, que seria ilógico recepcionar norma constitucional anterior com a mesma natureza formal e material. Primeiro porque, para ser recepcionada, a norma constitucional necessita estar em consonância material com a Constituição vigente. Ou

49 Cumpre mencionar pela especificidade da normatização, apesar de não se tratar de uma constituição sul-americana, a previsão do art. 197 do texto constitucional da Costa Rica ao definir literalmente o condicionamento de validade do direito pré-constitucional: “Esta Constitución entrará en plena vigencia el ocho de noviembre de 1949, y deroga las anteriores. Se mantiene en vigor el ordenamiento jurídico existente, mientras no sea modificado o derogado por los órganos competentes del Poder Público, o no quede derogado expresa o implícitamente por la presente Constitución”.

50 Em sentido assemelhável se manifestou a constituinte espanhola ao prever disposição derogatória expressa em relação à revogação de leis fundamentais, bem como de toda a legislação contrária à Constituição de 1978: “Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”.

seja, não pode ter *status* de norma originária, pois poderia, em tese, ser objeto de controle abstrato.

Jorge Miranda⁵¹ admite que seria possível a recepção de norma constitucional preservando a sua qualidade (formal e material), vinculando a sua permanência no sistema enquanto norma que se reporta ao texto da Constituição vigente. Apesar do esforço teórico do autor em afiançar essa possibilidade, entende-se que a norma recepcionada encontra fundamento de validade nesta Constituição, representando, na situação, uma simples recepção material. Prova disso é que o próprio autor menciona, hipoteticamente, que numa possível revogação da norma da Constituição vigente, que oferece sustentação à norma constitucional acessória recepcionada, esta padeceria por caducidade, ou seja, seria arrastada para a revogação.

A manutenção de sua vigência estaria condicionada à não violação de preceitos fundamentais da atual Constituição, bem como não representaria o resultado do esforço constituinte. Também não poderia ter *status* de emenda constitucional, tendo em conta que não se traduz em alteração ao texto originário e nem é resultado da ação mutacional do poder de reforma instituído. Diante da situação de recepção da norma constitucional anterior, além da ressalva feita pelo referido autor português, apresentam-se duas possibilidades acerca da sua natureza jurídica.

A primeira solução dada pela doutrina é a de que tal norma passaria pelo que se denomina **desconstitucionalização**⁵², perfazendo-se a ideia da recepção condicionada à desnaturação de seu *status* anterior para o nível de legislação infraconstitucional. É uma proposta que consegue combater os argumentos acerca da natureza jurídica e de compatibilidade com texto constitucional vigente.

Entende-se que não haveria motivo lógico para admitir-se a transformação da norma constitucional anterior em norma infraconstitucional, mantendo-a vigente, pois o constituinte teria recursos suficientes para simplesmente reproduzir o mesmo dispositivo na nova constituição e, se fosse o caso, constituir, em sede de ADCT, obrigação temporal ao legislador

51 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2013, v. 1, Tomo II, p. 341.

52 SILVA, José Afonso. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 314. O autor conceitua o fenômeno como: “as regras da Constituição anterior não materialmente constitucional não incompatíveis com a constituição posterior continuam em vigor, não como regra constitucional, mas como regra ordinária”. Interessante perceber que o autor recorre à clássica divisão entre normas materiais e formais, asseverando que a desconstitucionalização incidiria em relação às normas que não possuem conteúdo constitucional.

ordinário para regulamentar a respectiva matéria.

A PEC n.º 467/2010 traz uma situação de desconstitucionalização que é digno de reflexão. A referida propõe uma “revogação” parcial do ADCT, retirando do texto as normas de eficácia exaurida, bem como deixando a cargo da lei complementar outras matérias. A desnaturação, caso fosse aprovada, representaria a ocorrência do fenômeno da desconstitucionalização dentro do próprio ordenamento, da mesma forma como aconteceu, por exemplo, com o sistema de cálculo das prestações previdenciárias pela EC n.º 20/98 (ARE n.º 691851/RS - STF) e como se pretende proceder com a proposta de reforma previdenciária do atual governo federal, desconstitucionalizando algumas matérias e incluindo outras no texto constitucional.

É uma técnica interessante, por um lado, na medida em que retira da constituição escrita matérias que demandam alterações periódicas (regras de cálculos, de concessão de benefícios, de tempo mínimo de contribuição, por exemplo) ou entendidas dispensáveis pelo poder reformador do *status* de norma constitucional, possibilitando a melhor manipulação por meio de regulação menos rígida e que demandaria menor predisposição à formação de alianças no Congresso Nacional para a aprovação por lei ordinária ou complementar, que possuem quóruns inferiores ao da emenda constitucional.

Entretanto, pode funcionar como mecanismo de flexibilização de direitos, sob a falsa justificativa de possibilitar maior governabilidade. De toda forma, essa dicotomia de efetividade e garantia de direitos não depende, exclusivamente, da categoria da norma jurídica, apesar de que, em tempos de crise, são importantes limitadores às tentativas de restrição de direitos constitucionais sensíveis (sistema eleitoral, previdenciário, trabalhista, ambiental, por exemplo) pelos poderes do Estado.

Em relação às situações de intertemporalidade, Bastos e Martins⁵³ diferenciam a desconstitucionalização e a recepção expressa, indicando que, no primeiro caso, a norma constitucional perde esse *status*, assumindo posição hierárquica inferior em relação à supremacia formal da constituição. Já no caso de recepção expressa, verifica-se a situação em que a norma constitucional mantém a sua eficácia por expressa determinação, que, por

53 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil** (promulgada em 05 de outubro de 1988). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 407. v.1. “Há que se consignar, contudo, o caso da recepção expressa, em que a nova constituição faz referência a esta ou àquela norma da constituição anterior para manter-lhe a eficácia [...] Há que se referir aqui ao fenômeno da desconstitucionalização. A diferença consiste no seguinte: na desconstitucionalização, a norma da Constituição anterior continua a vigorar não com força de norma constitucional, mas sim com força de lei ordinária”.

entendimento lógico, deve ser excepcional e por tempo determinado. Em determinado sentir, não há falar em *status* formal da norma constitucional anterior, aderindo, a recepção, ao bloco de constitucionalidade.

Confirmando a diferenciação, menciona-se a situação da recepção parcial do sistema tributário nacional da CF/1967, com a previsão expressa do art. 34 do ADCT⁵⁴, excepcionando a aplicação de parte das normas da CF/88, porque esta é de natureza transitória (cinco meses), objetivando evitar a omissão, ressaltando o *status* de norma constitucional equivalente e acessória.

Nessa situação incidiu o esvaziamento normativo, tendo em conta a expressa previsão da constituição indicando a sua precariedade. Hipoteticamente, a revogação, por emenda, da norma declarativa da recepção, guardados os devidos limites, também poderia resultar em caducidade da norma recepcionada, nos termos em que asseveram Bastos e Martins⁵⁵: “Assim normas recepcionadas passam a gozar o destino daquelas que as recepcionaram, e, se revogadas estas, também cessam de vigorar as primeiras”.

A providência do legislador constituinte possui, portanto, uma finalidade específica e de índole precária, pois criou, em título específico da Constituição de 1988, a base jurídica do sistema tributário. O certo é que a incidência das duas situações deve decorrer de expressa previsão do constituinte, não se admitindo desconstitucionalização ou recepção de norma constitucional anterior implicitamente.

A outra solução seria a sua recepção enquanto norma constitucional equivalente (*recepção material*), posto que existe um controle prévio de assimilação pelo poder constituinte a partir do critério material e que não se trataria propriamente de uma norma constitucional, originária ou derivada, mas de uma normatividade que foi originariamente criada por outro poder, mas que, a juízo do poder originário atual, possui relevância operacional ou de conteúdo, e que, portanto, desempenharia importante papel no que concerne a evitar, permanentemente ou transitoriamente, vácuos normativos indesejados⁵⁶. É o caso do mencionado art. 34 do ADCT/1988.

54 Pode-se afirmar que a Constituição de 1988 realizou uma revogação parcial da Constituição de 1967, ainda que a natureza da preservação dessas regras tenha sido transitória.

55 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil** (promulgada em 05 de outubro de 1988). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 407. v.1.

56 Defende-se, objetivamente, que além da necessidade de previsão expressa da Constituição superveniente ou por costume constitucional (o que não é o caso brasileiro), que a recepção de norma constitucional seja apenas material e de maneira transitória.

Da mesma forma, entende-se, ocorreu com os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988 e que foram expressamente recepcionados pela cláusula de abertura estabelecida no § 2º do art. 5º, levando em consideração o conteúdo ampliativo dos direitos e garantias fundamentais por estes diplomas internacionais. Sem desconhecer o posicionamento do Supremo acerca da matéria, principalmente por ocasião do advento da EC nº 45/2004⁵⁷, entende-se que os tratados internacionais referentes a direitos humanos, anteriores à Constituição de 1988, gozariam de *status* constitucional, ampliando o âmbito protetivo dos direitos e garantias fundamentais.

Raciocínio diverso, quanto à não-recepção automática, aplica-se quando se trata das normas infraconstitucionais. Não há, em razão da fragmentariedade do sistema jurídico, um filtro constitucional capaz de averiguar a validade de uma norma pré-constitucional em face da Constituição vigente, cabendo à casuística do controle jurisdicional, difuso ou concentrado, bem como aos demais poderes (Legislativo e Executivo), no âmbito de suas funções típicas e atípicas, o exercício de guarda da supremacia da Constituição.

Não seria incoerente afirmar que a norma pré-constitucional também goza de uma presunção *juris tantum* de “constitucionalidade”, surtindo efeitos até a quebra dessa presunção ou alteração superveniente do texto da Constituição. Conforme será discutido adiante, há divergência doutrinária quanto à verificação de compatibilidade da norma pré-constitucional. Entende-se, em sede posicionamento majoritário, pela não-recepção⁵⁸ da norma anterior à Constituição. Em tese, portanto, até ulterior manifestação de incompatibilidade, tem-se uma presunção de manutenção de sua vigência.

A preservação da legislação, apesar de ter sido concebida com fundamento em um ou mais parâmetros constitucionais normativos (1937, 1946 ou 1967, por exemplo), está condicionada às novas regras do jogo constitucional. Com a vigência da nova Constituição ou da modificação de seu texto, extingue-se o fundamento de validade anterior pela revogação global. Quando se está tratando, portanto, de compatibilidade entre Constituição vigente e normas anteriores (constitucionais e infraconstitucionais), diz-se, propriamente, de pertinência de conteúdo ou material. Explica-se.

57 Essa questão será desenvolvida em tópicos posteriores desta tese.

58 MACHADO, Hugo de Brito. Teoria da recepção no direito intertemporal. **Interesse Público - IP**, ano 17, n. 89, p. 15-24, jan./fev. 2015. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 19. “Na teoria geral do Direito, entende-se por recepção o fato de uma Constituição nova, resultante da ruptura do ordenamento jurídico, receber para a composição do novo ordenamento todas as normas do ordenamento anterior que não sejam materialmente incompatíveis”.

A teoria geral do controle de normas⁵⁹, com fulcro nos princípios da supremacia⁶⁰ e da unidade da Constituição, subdivide em duas categorias o regime de coerência entre as normas constitucionais vigentes e o arcabouço normativo inferior (emendas e normas infraconstitucionais).

A primeira é a compatibilidade formal, que se refere à observância da competência para a iniciativa e os critérios procedimentais de criação ou modificação das normas estabelecidas no próprio texto constitucional, considerando *stricto sensu* aquilo que a doutrina pátria denomina de limites formais. E a segunda é a compatibilidade material, concernente ao critério de respeito ao conteúdo das normas constitucionais, denominando-se limites materiais, incluindo-se, nesse contexto, os limites temporais e circunstanciais. É importante não confundir os critérios de compatibilidade para fins de controle de normas com a classificação referente às normas constitucionais formais ou materiais, ou seja, a discussão sobre o consenso do que, em tese, deve ou não conter uma Constituição escrita.

Portanto, quando se trata de verificação entre as normas constitucionais vigentes e a legislação pré-constitucional, discute-se a sua compatibilidade material, pois é o que, faticamente, importará na manutenção ou não de sua vigência. Ora, não se questiona a forma revestida pelo ato normativo pré-constitucional no momento de sua criação, pois se respeita os critérios de validade e se está, formalmente, apto a surtir efeitos no contexto da nova ordem jurídica, aplicando-se, nesse sentido, a regra transicional do *tempus regit actum* para preservar a validade da norma, que se constituiu em um devido processo legislativo vigente à época.

Ao tratar dessa questão, Llorente ressalta a transcendência prática e teórica ao questionar-se acerca da possibilidade de incompatibilidade formal das normas pré-constitucionais, tendo em conta o papel da Constituição vigente como fonte das fontes. Llorente assinala que: “Ao estabelecer uma nova disciplina para os modos de produção do Direito, a Constituição opera apenas *ex nunc* e não derroga, de forma alguma, as normas produzidas validamente segundo o modo de produção anterior” [tradução nossa]⁶¹.

59 A classificação tem fins didáticos para a qualificada apreensão do fenômeno de compatibilidade constitucional, separando engenhosamente a violação ao procedimento e as situações de contrariedade em relação às demais normas que não tratam dos processos constitucionais de elaboração das normas. De modo geral, toda violação à constituição é necessariamente material ou de conteúdo.

60 A supremacia formal das normas constitucionais é elemento distintivo das outras normas que, apesar de não estarem no corpo da Constituição, podem deter um grau de importância igual ou superior àquelas, visto que a opção por texto constitucional (1988) extenso traz, em seu bojo, matérias que, propriamente, não ocupariam espaço no rol de essencialidade de uma Constituição.

61 LLORENTI, Rubio. **La forma del poder**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionais, 1997, p. 47. Texto original: “Al establecer una nueva disciplina para los modos de producción del Derecho, la

Pouco importa, então, se a legislação, por exemplo, foi instituída em regimes ilegítimos⁶² ou se possui forma diversa daquela estabelecida como critério de validade para o atual sistema normativo. É nesse sentido que García de Enterría, corroborando o entendimento uníssono da doutrina⁶³, assevera que “[...] a inconstitucionalidade superveniente diz respeito precisamente à contradição com os princípios materiais da Constituição, não em relação às regras formais de elaboração das leis que esta define hoje” [tradução nossa]⁶⁴.

No bojo da ordem constitucional vigente, tem-se vários exemplos de dissonância quanto à forma adotada pela legislação pré-constitucional e a forma exigida para o cumprimento do requisito da compatibilidade formal, como, por exemplo: o Código Tributário Nacional (CTN, Lei ordinária), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT, Decreto-lei), o Código Penal (CPB, Decreto-lei), o Código de Processo Penal (CPP, Decreto-lei) etc.

Apesar de não mais existir a forma pela qual foi editada a maioria dos atos normativos mencionados, não há impedimento para a consecução da recepção. Machado afirma, nesse sentido, que: “As normas jurídicas recepcionadas são consideradas com a forma que a nova

Constitución opera sólo *ex nunc* y no derroga en absoluto las normas producidas válidamente según el modo de producción anterior”.

62 Importantes são os ensinamentos de Pontes de Miranda (1974, p. 383), ao asseverar que: “No direito brasileiro, não há qualquer princípio de direito intertemporal, pelo qual só tenha como lei, ou como lei especial, o que se elaborou sob o regime democrático e com a fonte congressual de especialização. O conceito de lei não depende do momento em que foi elaborada a regra jurídica, e sim do momento da edição, que a tem como lei, e não como decreto, ou regulamento, ou aviso, ou portaria: é como lei, a despeito de diferença na elaboração, que se considera no tempo posterior”.

63 Vale mencionar a oportuna reflexão de Gilmar Mendes (1990), bem como de Pontes de Miranda (1974) a respeito da recepção de normas pré-constitucionais no contexto de países, que adotam em suas Constituições, a forma de Estado federativa, pois, a mudança de competência legislativa de um ente federativo (Município ou Estado) para outro (União), pode gerar conflito quanto à sua recepção ou alcance de sua aplicação. O que se pode depreender é que a mudança, por opção do legislador constituinte originário, da competência legislativa de entre entes federativos excepciona os critérios formais e materiais de recepção de normas pré-constitucionais. Como exemplo, pode-se apresentar a ampliação da competência legislativa da União, empreendida pela CF/67, na questão de criação de municípios, retirando a competência legislativa dos Estados (Lei nº. 4.064/50), representando uma situação de não-recepção formal/material. Nesse contexto, levando em consideração a complexidade de sistemas jurídicos sobrepostos na dinâmica do federalismo e os milhares de municípios brasileiros, cada um deles se ocupando das questões de interesse local, seria impossível que a federalização de uma matéria restrita à competência do município pudesse ser recepcionada pelo novo ordenamento, pois existiria um impeditivo fático. Invertendo o exemplo, caso uma lei de competência da União fosse, pela nova Constituição, estadualizada ou municipalizada, não haveria obstáculo fático para a recepção desta, mas, no plano normativo, esbarraria numa incompatibilidade, pois uma lei federal regularia uma matéria adstrita à competência de outros entes. Tal incongruência, a depender da importância da legislação e do prejuízo decorrente de um vácuo normativo, poderia ser contornada pela declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, ou seja, até que os demais entes se adêquem à nova competência, a lei será considerada em trânsito para a inconstitucionalidade (inconstitucionalidade progressiva ou lei ainda constitucional), vigorando até a sua gradual extinção.

64 ENTERRÍA, Eduardo García. **La constitución como norma jurídica el y tribunal constitucional**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionais, 1985, p. 86-87. “[...] inconstitucionalidad sobrevinda há de referirse precisamente a la contradicción con los principios materiales de la Constitución, no a las reglas formales de elaboración de las leyes que ésta establece hoy” [Texto original].

Constituição exige para a disciplina do assunto respectivo, embora sejam de espécie formalmente diversa”⁶⁵.

Silva⁶⁶ trata ainda no assunto da compatibilidade formal, da denominada *recepção qualificada das leis*, consubstanciando-se na situação em que a nova ordem jurídica recepciona atos normativos pré-constitucionais com *status* qualificado. O autor cita como exemplos a Lei n° 5.172/66 (CTN) e a Lei n°. 4.595/64 (Política Financeira), ambas recepcionadas como leis materialmente complementares. Apesar do referido autor não mencionar, subentende-se que todas as demais formas de recepção, diversas da qualificada, são ordinárias.

Na verdade, a técnica jurídica utilizada para evitar o hiato normativo é o entendimento de que tais normas teriam sido assimiladas pela ordem vigente com o *status* equivalente ao critério exigido para a criação ou modificação. Ou seja, se a norma pré-constitucional foi validamente concebida na forma de decreto ou lei ordinária e a atual ordem exige lei complementar para a edição de uma determinada matéria, aquela norma será incorporada com força de lei complementar.

Qualquer alteração, dentro do critério de conveniência do legislador para fins de supressão ou aperfeiçoamento da norma pré-constitucional, só poderá ser operada por lei complementar, não cabendo outra forma, incluindo uma regulamentação via emenda constitucional de matéria infraconstitucional, tendo em conta a opção constituinte de reserva de lei. Numa situação de inobservância desse proceder, a nova alteração será declarada inconstitucional.

A realidade, porém, impõe novos desafios às discussões teóricas, demandando cautela redobrada quando se trata de estabelecer determinadas classificações ou divisões. Não há divergência doutrinária, conforme demonstrado acima, acerca da desconsideração do critério formal para fins de juízo da recepcionalidade de normas pré-constitucionais. Repise-se, será a Constituição vigente que ditará a natureza formal da norma a ser recepcionada, podendo revestir-se de lei ordinária, lei complementar ou, até mesmo, de norma constitucional, assim queira, por mais que se trate de incoerência técnica, o legislador constituinte.

A questão é que alguns diplomas de ordenamentos anteriores podem trazer, em sua essência material, elementos que, conforme a vontade do constituinte, devam ser

65 MACHADO, Hugo de Brito. Teoria da recepção no direito intertemporal. Revista **Interesse Público**, ano 17, n. 89, p. 15-24, jan./fev. 2015. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 21.

66 SILVA, José Afonso. **Um pouco de direito constitucional comparado**. São Paulo: Malheiros, 2009.

recepcionados levando em conta mais uma forma, denominando-se de *normas pré-constitucionais híbridas*. A CLT, por exemplo, foi editada, nos termos da Constituição de 1937 (art. 74), por meio do Decreto-lei nº. 5.452/43, que regulamenta o direito operário (art. 16) no Brasil.

A Constituição de 1967 e a Emenda à Constituição nº 01/69 já haviam recepcionado o CTN como lei materialmente complementar, exigindo que o ato normativo de criação, extinção ou concessão de isenção tributária se revestisse de lei complementar, reservando a esta matéria quórum qualificado. Pode-se afirmar que o conteúdo dessa consolidação tem natureza de lei ordinária, mas possui, pontualmente, matéria restrita à lei complementar no que tange à instituição do imposto sindical, que tem natureza tributária⁶⁷.

O Congresso Nacional, portanto, deve atentar na imposição constitucional da reserva de lei complementar (art. 146, CF/88) para a instituição ou extinção de obrigações tributárias, sob pena de incorrer em uma inconstitucionalidade formal, caso recorra à lei ordinária ou, no caso, o chefe do Poder Executivo edite medida provisória (art. 62). Não é permitido ao legislador ordinário subverter a opção do legislador constituinte de reservar a matéria tributária à lei complementar. Aparentemente não se observou esse detalhe, pois a reforma trabalhista (Lei nº. 13.467/2017), instituída por lei ordinária, suprimiu a cobrança e o recolhimento do imposto sindical, uma das fontes de receita do sistema sindical pátrio.

2.3.1 A não recepção e a inconstitucionalidade superveniente no contexto do direito intertemporal constitucional: conflitos normativos nos processos de transição.

Resta a compatibilidade material enquanto último recurso para a avaliar a consonância da norma pré-constitucional no ordenamento jurídico vigente. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há muito, discute a temática, tendo em conta as sucessivas manifestações constituintes na história do direito brasileiro, sedimentando, em sede de controle concentrado e difuso, a distinção entre o juízo de inconstitucionalidade e o conflito de intertemporalidade no contexto da Constituição superveniente. Segmenta-se a discussão em duas teses: a da não recepção e a da inconstitucionalidade superveniente. De um lado, respectivamente, a aplicação do critério temporal (revogação) e, do outro, o da hierarquia (validade) para a solução de conflito normativo⁶⁸.

67 ADPF nº. 126.

68 Sobre constituição e intertemporalidade, no direito brasileiro, são importantes as contribuições de Luís

A recepção ou não recepção: a referida tese assevera que o esforço analítico entre Constituição vigente e norma pré-constitucional se procede pelo juízo de compatibilidade material, que verifica se a norma encontra o mesmo fundamento de validade para ser recepcionada ou não revogada pela atual Constituição. Entende-se que não seria pertinente a realização de juízo de inconstitucionalidade, pois a norma referencial para a sua criação não mais existe, não sendo lógico admitir a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, no mérito, levando em conta a nova Constituição, pois teria ocorrido, pelo critério temporal, revogação (expressa ou tácita)⁶⁹.

Aparentemente, o Supremo, em manifestações sobre a pertinência de direito pré-constitucional, não faz diferenciação entre revogação e não-recepção, havendo posicionamento doutrinário que indique que a expressão correta seria não-recepção, tendo em conta defender a impossibilidade de aplicar-se ao conflito entre normas hierarquicamente distintas a regra de que lei posterior revoga a anterior.

O problema é que a regra de que lei superior invalida lei inferior não se aplica às questões de intertemporalidade, pois a Constituição vigente e o direito pré-constitucional seguem categorias de validades diversas, conforme será analisado. Pagés⁷⁰ vai mais longe para afirmar que a questão não gravita nem em torno da validade ou da revogação, mas da aplicabilidade ou não do direito pré-constitucional ao novo sistema.

Para o autor, a revogação é uma técnica aplicável às situações de divergência ou contradição entre normas que compartilham do mesmo fundamento de validade, do qual, particularmente, discorda-se, pois, uma norma, independente do referencial temporal ou de validade, poderá ser revogada por vontade da ação legislativa (constituente ou constituída). Bastos e Martins⁷¹ entendem o fenômeno, sob o ponto de vista teórico, como recepção ou não-recepção, concebendo, por outro lado, a revogação como instituto que incide dentro de uma ordem jurídica vigente. Na prática, tem efeitos claramente revogatórios. Levando em consideração os desdobramentos práticos decorrentes da resolução normativa dos conflitos

Roberto Barroso. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

69 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947, p. 17, v. IV. Nesse sentido, é pertinente a lição do autor: “Mas a noção de inconstitucionalidade é, juridicamente, a partir do momento em que começa a ter vigor a Constituição; todo o material legislativo, que existe, considera-se revogado, no que contraria os preceitos constitucionais”.

70 PAGES, Juan Luis Requejo. **Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1998.

71 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil** (promulgada em 05 de outubro de 1988). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1.

temporais, os termos revogação e não-recepção, durante a abordagem do tema, serão utilizados como sinônimos.

A inconstitucionalidade superveniente⁷²: essa tese defende a proposição de que a nova ordem constitucional, simplesmente, convalida ou não a norma anterior a partir de um juízo de validade desta perante aquela. Objetivamente, verifica-se a compatibilidade material com a Constituição vigente. Assim como na outra tese, embora a norma anterior tenha sido criada levando-se em consideração os critérios de outra Constituição, a compatibilidade de conteúdo definirá se a norma poderá ou não integrar o sistema jurídico vigente. A questão distintiva está na peculiaridade do juízo de assimilação da norma pré-constitucional e nos efeitos que decorrem da assimilação de uma das teses.

Os adeptos⁷³ da primeira tese afirmam que não seria possível a realização de juízo de inconstitucionalidade, sendo incoerente admitir uma apreciação de constitucionalidade material, tendo como parâmetro a nova Constituição, pois a norma pré-constitucional teria sido legitimamente concebida à luz de um ordenamento, até então, vigente e válido.

O ato inconstitucional é aquele editado no exercício ilegítimo de uma atribuição conferida ao legislador pela Constituição, dando origem a uma pseudonorma, já que, pela

72 A inconstitucionalidade pode ser originária ou superveniente. A primeira diz respeito à incompatibilidade entre as normas constitucionais vigentes e a lei infraconstitucional superveniente, ocasionando a invalidade desta. A inconstitucionalidade superveniente remete à situação de incompatibilidade entre a lei pré-constitucional e o texto vigente da Constituição, resultando em invalidação. No mesmo sentido, o STF inadmitte, via de regra, a tese da constitucionalidade superveniente, que se traduziria na convalidação de uma norma originariamente inconstitucional, mas que, em razão da alteração substancial do parâmetro que a tornava nula, transformou-se coerente com o sistema jurídico. O posicionamento é o de que uma norma inconstitucional não pode se tornar constitucional em razão de uma emenda constitucional, pois o ato inexistente (nulo) não pode ser consertado por outro válido. A superveniência de emenda constitucional não poderia regenerar o ato normativo editado com vício de nulidade. Entretanto, questiona-se, em razão da EC n.º. 57/2008, se o legislador reformador não teria criado uma situação de excepcionalidade ao admitir a manutenção de municípios criados sem a existência da lei complementar federal, nos termos do art. 18, § 4º da CF/88. A convalidação dos municípios representaria na dicção de Miguel Galvão Teles (1987) uma “específica intenção convalidatória”. A discussão sobre a EC n.º. 15/96, a EC n.º. 57/2008, a concepção de entes federativos (município putativo) e a constitucionalidade superveniente destes por emenda, será retomada em tópico específico do capítulo quatro, inserindo-a no contexto da modificação das normas transitórias e a legitimidade do poder reformador.

73 Nesse sentido: CAMPOS, Francisco. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 1. Pontes de Miranda (1967); BARBOSA, Rui. **A Constituição e os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlantida, 1893. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242783>>. Acesso em: 09 dez. 2018; Celso de Mello (1986). KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 162-163. Ilustrando o entendimento dos autores mencionados, cita-se uma passagem do texto de Kelsen acerca da natureza do fenômeno: “A anulação de uma norma inconstitucional pela jurisdição constitucional – ainda se trata aqui principalmente das normas gerais - a rigor só é necessária quando ela é mais recente do que a constituição. Porque, tratando-se de uma lei anterior à Constituição e em contradição com ela, esta a derroga, em virtude do princípio da *lex posterior*, portanto parece supérfluo e até logicamente impossível anulá-la”.

teoria da nulidade, seria ineficaz na origem⁷⁴. Portanto, não seria possível declarar a nulidade de ato normativo, pela manifestação abusiva do órgão legiferante, tendo como parâmetro uma norma constitucional superveniente, se, ao tempo da edição, este possuía prerrogativa para fazê-lo.

Sobre a impossibilidade de ingerência da nova Constituição sobre a validade de normas anteriores, Pagés adverte que: “[...] a Constituição atual não possui poder algum de disposição sobre a extensão no tempo sobre a validez das normas pré-constitucionais” [Tradução nossa]⁷⁵. A validade, portanto, é uma categoria que, autonomamente, habita em cada sistema normativo, não podendo ser utilizada para confrontar norma anterior em face de Constituição vigente, mas nas situações de incompatibilidades entre normas provenientes de um mesmo ordenamento.

A lição kelseniana⁷⁶ assevera que o advento de uma Constituição se consubstancia em um processo (legislativo) de novação das normas pré-constitucionais, resultando dizer que tudo aquilo que for contrário à Constituição é revogado, e, tudo o que estiver de acordo com a perspectiva material, será tido como uma nova norma, já que o seu parâmetro originário de criação foi superado por um outro paradigma⁷⁷, que guiará a interpretação e a aplicação, não sendo necessariamente recebidas, mas recriadas para vigerem sob a batuta de um novo fundamento de validade. Na dicção de Llorente “O ordenamento, como a ave Fênix, renasce com a Constituição”⁷⁸.

74 TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000. v. 1.

75 PAGES, Juan Luis Requejo. **Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1998, p. 29. “La Constitución actual no tiene poder alguno de disposición sobre la extensión en el tiempo de la validez de normas preconstitucionales” [Texto original].

76 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

77 Em que pese o firme argumento de novação da lei pré-constitucional, observa-se que este não é de todo suficiente para explicar os desdobramentos e a complexidade atinentes à compatibilidade normativa, pois ela não ocorre de forma automática, separando o que foi rechaçado do que foi recepcionado, sobretudo, em razão da reviravolta do constitucionalismo brasileiro de 1988, que trouxe consigo a necessidade de se verificar a congruência de uma ampla legislação concebida, em grande parte, em regimes de exceção. É necessário afirmar que existe, ao menos no contexto de aplicabilidade, uma sobreposição de ordenamentos jurídicos com a prevalência do sistema vigente. O papel hermenêutico da jurisdição constitucional e dos demais poderes podem demorar o suficiente para que normas que não foram novadas consolidem situações jurídicas, resultando, inclusive, na possibilidade de ser, em tese, reconsiderado o marco temporal da revogação pela modulação de efeitos. A proposição de novação de legislação infraconstitucional anterior, em verdade, é reservada ao plano lógico-argumentativo, visto que a presunção de recepção é *juris tantum*. Na prática, a considerar a recepção automática das normas infraconstitucionais, admite-se a manutenção da vigência de um direito pré-constitucional com uma presunção relativa, podendo, anos após a vigência da atual Constituição, ser considerado não-recepcionado por decisão jurisdicional.

78 LLORENTE, Rubio. **La forma del poder**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 1997, p. 47: “Una vez promulgada la Constitución no hay más normas legítimas que las que nacen por las vías constitucionalmente previstas, pero siguen siendo formalmente válidas todas las que lo fueran conforme ao sistema anterior. El ordenamento, como el ave Fenix, renace con la Constitución”.

Caso fosse possível admitir a declaração de inconstitucionalidade no mérito de uma norma pré-constitucional, os efeitos dessa declaração, pela teoria da nulidade, ultrapassariam o ordenamento jurídico vigente para atingir a norma em seu nascedouro, ou seja, haveria uma ingerência, no que tange à validade e aos efeitos de uma norma, da nova Constituição em face da anterior, solapando, nesse contexto, a ultratividade da norma revogada para as situações já consolidadas⁷⁹. Isso poderia, a depender da data da criação do ato normativo, gerar um efeito cascata de nulificação dos atos normativos, mesmo levando em conta a legitimidade da edição da lei e das sucessivas recepções pela novação dos textos constitucionais⁸⁰.

Isso implicaria afirmar que a declaração de inconstitucionalidade atingiria todas as relações jurídicas constituídas durante a vigência da norma, resultado da declaração de nulidade do ato normativo, inclusive as anteriores à Constituição. Seria um contrassenso, pois os atos anteriores terão os seus efeitos assegurados, sendo a norma pré-constitucional revogada a partir da Constituição superveniente, evitando-se falar em nulidade de um ato normativo concebido no exercício regular de uma competência constitucional legislativa.

A discussão da incompatibilidade do direito pré-constitucional gravita no plano da vigência e não da validade; por isso, o juízo seria ou de recepção ou de revogação, declarando-se a sua incongruência a partir do surgimento da norma constitucional superveniente. A validade, por sua natureza, estaria vinculada ao ideal de unidade sistêmica das normas criadas no contexto da Constituição vigente, tendo sentido tratar de validez apenas levando em consideração o referencial normativo sob o qual foi concebida⁸¹.

Os favoráveis à segunda tese entendem que a verificação de compatibilidade importa em uma inconstitucionalidade superveniente, pois o intérprete está invariavelmente realizando uma análise de compatibilidade material entre a Constituição atual e a norma pré-constitucional, que, no entender do ministro Sepúlveda Pertence (ADI nº 2/DF), valendo-se da construção kelseniana, foi recriada pelo novo ordenamento, constituindo-se, no plano

79 A grande questão é que a Constituição anterior não mais existe e que o fundamento de validade da norma pré-constitucional foi modificado. De todo modo, entende-se que os requisitos para a ocorrência da modulação dos efeitos (Art. 27 da Lei nº. 9.868/99 e Art. 11 da Lei nº. 9.882/99) seriam capazes de aprisionar o “bom senso” do legislador negativo nas situações de preservação da segurança jurídica e do excepcional interesse social.

80 Vale mencionar o juízo de Kelsen sobre o inconcebível efeito retroativo das decisões em controle concentrado e o criticado dogma da jurisdição constitucional enquanto legislador negativo, tendo em conta a boa-fé das relações jurídicas e a manutenção de seus efeitos em razão da presunção de validade dos atos editados pelo legislador. A extensão de uma decisão com efeito anulatório para além do ordenamento jurídico posto representaria a onipresença e a onipotência da jurisdição, colocando de joelhos, inclusive, o poder constituinte originário. O juízo de recepção, contrariamente, pode ser livremente exercido pelos juízes e tribunais, respeitando o limite temporal de vigência da nova Constituição.

81 PAGES, Juan Luis Requejo. **Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1998.

lógico, em uma norma superveniente ao texto constitucional vigente.

O reconhecimento da incompatibilidade se faz pelo juízo de inconstitucionalidade, sendo a norma anterior à Constituição ou à Emenda retirada do ordenamento jurídico. O argumento contrário à tese da recepção assevera que não é possível admitir a resolução de conflito normativo pela revogação em razão da diferença hierárquica⁸² entre a norma constitucional e a infraconstitucional, não havendo controvérsia quanto à revogação quando do advento de uma nova norma constitucional em relação à anterior⁸³.

Se uma nova Constituição ou a elaboração de uma Emenda, por exemplo, instaura uma incompatibilidade com uma norma anterior ao seu advento, estar-se-ia diante de uma inconstitucionalidade superveniente, tendo em conta que o referencial normativo de sua criação foi superado⁸⁴, perfazendo-se a ideia de que a lei superior “derroga” a lei inferior (*lex superior derogat legi inferior*), na perspectiva da apreciação da validade da norma anterior.

Silva⁸⁵ adverte, coerentemente, que o brocardo deve ser interpretado na perspectiva de que a lei inferior é extinta por ser inválida. O mesmo autor deixa, advogando contrariamente à tese da inconstitucionalidade superveniente, claro a funcionalidade da Constituição como *lex posterior*: “[...] em relação a outras leis do ordenamento jurídico, e neste caso se dá a extinção destas não por invalidação, mas por revogação”. A categoria da validade, portanto, seria insuficiente para mediar tais tensões normativas⁸⁶.

82 NUNES, José de Castro. **Teoria e prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943. “A teoria da ab-rogação das leis supõe normas de mesma autoridade. Quando se diz que a lei posterior revoga, ainda que tacitamente, a anterior, supõem-se no cotejo leis do mesmo nível. Mas se a questão está em saber se uma norma pode continuar a vigor em face das regras ou princípios de uma Constituição, a solução negativa só é revogação por efeito daquela anterioridade; mas uma designação peculiar a esse desnível das normas, chama-se declaração de nulidade”.

83 A respeito da assimetria hierárquica, o então ministro relator Paulo Brossard, na exposição de seu voto na ADI nº 2-DF, utilizou argumento *a contrario sensu* para rechaçar a impossibilidade de norma superior não revogar norma inferior, afirmando que se a norma constitucional superveniente não tivesse força para revogar uma norma inferior, “importaria em sustentar que a lei constitucional vale menos que a lei ordinária ou que a lei complementar, o que seria rematado absurdo”. Concorda-se com Vítor Leal Nunes (1947) quando afirma que tal embate entre lei e Constituição superveniente é um típico conflito normativo de natureza temporal. Ao contrário do ministro Brossard, entendia ele que: Pouco importa que, na hipótese, a norma posterior não tenha apenas este caráter de norma posterior, mas seja também uma norma superior do ponto de vista hierárquico.

84 BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 434. O referido autor adverte, nesse sentido, que “todas as normas jurídicas elaboradas na vigência da Constituição anterior deixam de encontrar nela o seu fundamento de validade”. Assevera que a eventual incompatibilidade gera a inconstitucionalidade da norma que atrita com o atual texto constitucional.

85 SILVA, José Afonso. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 313.

86 PAGES, Juan Luis Requejo. **Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1998, p. 25. “La categoría de la validez, por tanto, resulta de una inutilidade manifesta como elemento de articulación entre sistemas normativos concurrentes. La misma existência de sistemas normativos autónomos supone que la validez sólo es operativa en el interior y por referencia a cada uno de tales sistemas” [Texto original].

Apesar de reconhecer a consistência de ambos os posicionamentos, o Supremo, por oportunidade da apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 2, em voto condutor do então ministro-relator Paulo Brossard⁸⁷, condensou os entendimentos adotados por esta Corte anteriores à vigência da Constituição de 1988, que indicavam a adoção da teoria da recepção, reservando as questões de incompatibilidade das normas pré-constitucionais ao direito intertemporal.

Entende-se, particularmente, que com a relativização da teoria da nulidade⁸⁸, para considerar também a anulabilidade⁸⁹ dos atos legislativos no controle de normas brasileiro, a dicotomia foi sobremaneira abrandada, pois a adoção da técnica de modulação dos efeitos possibilitaria, dentro do preenchimento dos requisitos para a sua incidência, a definição do marco temporal para evitar lacunas ou a violação à segurança jurídica das relações.

Percebe-se a maior proximidade entre as duas técnicas, principalmente, pelo fato de se tratar de uma revogação por incompatibilidade com a Constituição e não por discricionariedade legislativa, objetivando o mesmo resultado por estratégias diversas. A declaração de inconstitucionalidade pelo STF não necessariamente atingiria a norma em seu nascedouro, mas respeitaria as situações consolidadas ao tempo anterior à vigência da mudança constitucional, levando em conta o princípio da incidência imediata⁹⁰.

87 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucional n.º 2. Relator: Ministro Paulo Brossard. **DJ:** 21/11/1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266151>>. Acesso em: 12. dez. 2018.

88 Importante ressaltar que a relativização da teoria da nulidade foi um passo importante na consolidação do controle de normas, permitindo a modulação dos efeitos em casos emblemáticos (RE n.º 197.917/SP, ADI n.º 4.270/SC e MS n.º 22.357/DF), onde a sua aplicação inflexível resultaria em graves danos à ordem social. Em contrapartida, a instabilidade proporcionada pela agudização de crises sistêmicas (na política, na economia, no sistema prisional, por exemplo) abre espaço para o casuísmo, possibilitando, a depender da situação, uma ingerência excessiva ou uma patente omissão da jurisdição constitucional.

89 Seguindo a construção teórica de Kelsen (2007), Zagrebelsky (2007) entende que a adoção da teoria da nulidade é ilógica, pois desconsidera a autoridade do Estado manifestada mediante a lei, fundada na presunção de validade das normas.

90 Apesar de partir do clássico pressuposto de que a norma pode ser válida ou inválida (constitucional ou inconstitucional, portanto), temos observado, na atualidade do controle de constitucionalidade e da própria ideia de unidade da constituição, a mudança do conceito de validade, principalmente, após a assimilação da modulação dos efeitos e outras técnicas decisórias, notadamente, as do Tribunal Constitucional da Alemanha. A inquietação surge em razão de que nem tudo que é contrário à constituição será necessariamente inválido ou inexistente, já que a possibilidade de se modular os efeitos poderia dar outra resposta a esta clássica dicotomia. Teríamos que considerar uma terceira solução a ser graduada pela técnica da ponderação, ou seja, nem tanto constitucional ou inconstitucional, instituindo-se marcos temporais de eficácia da norma questionada. Em termos objetivos, em determinado sentir, o fato ordinário de considerarmos a situação da modulação dos efeitos compromete não apenas o conceito de validade, mas também o de unidade. Elival da Silva Ramos (2010), contrariamente, entende que a CF/88 adotou a nulidade como princípio constitucional implícito e que, portanto, não poderia existir legislação ordinária regulando o contrário, pois tal situação afrontaria a própria natureza da modalidade de controle adotado. Para o fim de se preservar as situações jurídicas consolidadas, reconhece a importância da manipulação dos efeitos das decisões definitivas em controle concentrado, bem como na natureza dos efeitos (*ex nunc*) empregados na concessão de tutela de urgência, afirmando que a modulação não afastaria a invalidade,

Da mesma forma, a inflexibilidade dos efeitos de uma decisão que atesta a revogação de uma norma pré-constitucional impediria a aplicação do art. 11 da Lei n.º 9.882/99, que regulamenta a aplicação da modulação de efeitos na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF, art. 102, §1º, CF/88)⁹¹. Afinal, conforme afirmado, o processo de realização do projeto constitucional pela atuação do legislador e o potencial interpretativo que pode ser extraído das normas constitucionais tornam nebulosa uma análise minuciosa de compatibilidade da legislação anterior em face da Constituição, comprometendo a pretensa coerência inatingível da teoria da recepção. Afinal, como afirma Cunha Ferraz⁹², não é razoável exigir que as normas anteriores interajam imediatamente com a nova ordem jurídica ao ponto de garantir uma remodelação clara do direito pré-constitucional.

Não é possível, do mesmo modo que foi observado na teoria da nulidade, garantir a intangibilidade dos efeitos de uma decisão que declara a não recepção de uma norma pré-constitucional quando estão envolvidos os direitos fundamentais e a evidente boa-fé na constituição das relações jurídicas, além dos requisitos para a incidência da modulação dos

decorrendo, das situações preservadas, efeitos impróprios ou uma espécie de convalidação parcial. Entretanto, o mesmo autor critica o art. 27 da Lei n.º 9.868/99, considerando-o inconstitucional por confrontar com o efeito sancionatório da nulidade. Entende-se, por mais categórico e coerente que sejam os efeitos da nulidade, que a preservação de atos inválidos, tendo por base a eficácia prospectiva ou *pro futuro*, indica, nos termos em que estabelecida e reformulada a teoria de anulabilidade sistematizada por Kelsen, uma forte tendência de flexibilização da teoria da nulidade. Nesses termos, não se visualizam problemas, ainda que considerado princípio constitucional implícito, em admitir que a legislação infraconstitucional possa abrandar o seu alcance da mesma forma como aconteceu com a regra da cláusula de reserva de plenário (art. 97), numa espécie de mutação constitucional legislativa. O conceito de validade, mas, principalmente, o de supremacia torna-se multifacetado, apesar de também considerarmos, regra geral, a nulidade como ponto de partida. A tese de efeitos impróprios (sem admitir o sincretismo dos modelos) é ainda mais indefensável quando observadas as decisões com efeitos *pro futuro* (ou a declaração sem pronúncia de nulidade), que preservam uma pseudonorma em franca confrontação com a constituição, fazendo com que ela gere efeitos nos termos dos limites temporais da decisão judicial. Nesse sentir, o problema da modulação dos efeitos está relacionado aos limites de sua utilização pela jurisdição constitucional e a estabilidade do Estado democrático, pois o dispositivo (art. 27) é vago em aspectos importantes. Por exemplo: a) não há lapso temporal máximo, ao contrário do que descreve Cappelletti (1999) em relação às constituições austríaca e turca, para as decisões com efeitos futuros; b) a aplicação banalizada do efeito *ex nunc* confere maior discricionariedade legislativa ao Supremo na medida em que a decisão tem mero efeito revogador, tendo em conta a preservação dos atos anteriores a sua publicação.

91 Se usada a lógica de que a decisão em ADPF, que declara a revogação de dispositivo de lei anterior à Constituição, retroagiria exatamente à data da vigência da nova norma constitucional, não poderia, esta decisão, sofrer qualquer alteração em seus efeitos para fins de garantir a segurança jurídica e o excepcional interesse social. Sobre a ADPF ver: TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental**: lei n.º 9.868/99 e 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2001. MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. MEYER, Emílio Peluso Neder. A Arguição de descumprimento de preceito fundamental no paradigma do Estado democrático de direito. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **O Supremo Tribunal Federal revisitado**: o ano judiciário de 2002. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. DIMOULIS, Dimitri. Arguição de descumprimento de preceito fundamental problemas de concretização e limitação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.94, n.832, p.11-36, fev. 2006.

92 FERRAZ, Anna Cândido da Cunha. A transição constitucional e o ato das disposições constitucionais transitórias de 05.10.1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 26/1999, p. 54-68, jan-mar, 1999.

efeitos.

Entende-se, portanto, que a eficácia da decisão que reconhece a não recepção estaria sujeita à modulação de efeitos, quebrando-se, a um só tempo, o dogma da unidade do ordenamento ao ser reconhecida a validade de atos praticados sob o pálio de normas inicialmente recepcionadas, mas, posteriormente, tornadas incompatíveis pela jurisdição constitucional, bem como a tese kelseneana de ruptura entre ordens constitucionais e a consequente novação do direito pré-constitucional. Na verdade, as normas pré-constitucionais, *prima facie*, continuam vigentes até que o ato resistência à sua eficácia social se consolide numa revogação por outra norma ou pela ação do controle jurisdicional repressivo, que reconhece a força normativa da constituição em face de atos normativos incompatíveis.

Sucumbiriam, por consequência, tanto a questão pertinente aos efeitos da norma incompatível quanto a limitação do manejo de outras ações de controle abstrato que tratam de declaração de inconstitucionalidade. Observa-se, portanto, que a ampliação das garantias processuais excepcionais (ADPF, ADI e ADC) hábeis a questionar a compatibilidade das normas pré-constitucionais perante a nova Constituição ou Emenda representa um reforço significativo ao sistema de autoproteção da Constituição e de sua força normativa. Além disso, não se pode negligenciar o protagonismo do efeito vinculante e expansivo das decisões da jurisdição constitucional, importando na releitura de situações e institutos relacionados, principalmente, em relação à eficácia temporal de seus julgados.

Apesar dessa proximidade proporcionada pela técnica da modulação de efeitos, não se pode deixar de mencionar uma situação prática de distinção entre o juízo de nulidade e o de revogação, desde muito consolidada na doutrina de Vitor Nunes Leal⁹³, acerca da dispensabilidade da observância da cláusula de reserva de plenário para a declaração de revogação de norma pré-constitucional, pois trataria, conforme essa tese se propõe a analisar, de questão de intertemporalidade entre norma anterior e posterior, e não propriamente de juízo de inconstitucionalidade ou de hierarquia normativa. Seguindo a mesma lógica, o art. 52, inciso X da CF/88 não poderia, em sede de controle incidental, ser invocado para fins de suspensão da vigência da norma declarada não recepcionada, pois presume-se que a sua

93 LEAL, Vitor Nunes. **Leis complementares da Constituição**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/9765/8787>>. Acesso em: 02 jan. 2018. “Se se tratar, porém, de mera revogação no caso em que a lei anterior colidir com o texto constitucional, nem se exige maioria especial para que a lei deixe de ser aplicada pelos órgãos judiciários, nem tampouco pode o Senado suspender a sua execução [...] É, pois, uma questão de somenos importância, mas que tem relevantes consequências práticas.

revogação ocorreu com o advento da Constituição⁹⁴.

Interessante é a reflexão de Enterría⁹⁵ sobre o pertinente entendimento sedimentado pelo Tribunal Constitucional italiano, na primeira oportunidade em que teve, ao tratar da dicotomia entre a nulidade e a revogação, afirmando que, antes de qualquer coisa, a derrogação pressupõe a contradição da norma pré-constitucional com a Constituição, sendo a inconstitucionalidade a premissa de uma dessas consequências (nulidade ou revogação). A inconstitucionalidade, portanto, não seria consequência, mas o pressuposto⁹⁶. O que se procura deixar claro é que, apesar de entender a diferença entre invalidade e não recepção, não se trata de uma simples derrogação entre leis, mas, em verdade, de um conflito temporal que envolve a supremacia formal da Constituição.

Uma das grandes discussões enfrentadas pelos tribunais constitucionais do Pós-Segunda Guerra Mundial era saber quais os limites e as possibilidades de exercício de controle incidental por esses órgãos de cúpula, já que não estariam diante de matéria constitucional, mas de mero juízo baseado na premissa da *lex posterior derogat priori*. Nesse sentido, o juízo de compatibilidade hábil a declarar a não recepção era realizado, no caso concreto, por juízes, tribunais e pela própria Suprema Corte, mas os efeitos da decisão eram limitados aos sujeitos do processo, o que ocasionava insegurança jurídica.

Muito embora não se trate de uma questão sobre juízo de constitucionalidade, sem prejuízo da oportunidade da análise incidental, o legislador brasileiro, valendo-se do princípio da subsidiariedade, insito à ADPF⁹⁷, conferiu a prerrogativa ao STF para realizar o juízo de

94 É possível contestar esses argumentos na medida em que a cláusula de reserva de plenário, por previsão infraconstitucional (art. 949, § único do CPC), poderia ser dispensada em razão da quebra da presunção de constitucionalidade (*juris tantum*) em declaração incidental ou concentrada de invalidade. Cumpre mencionar, talvez por equívoco legislativo, que o art. 8º da Lei da ADPF determina que as decisões somente serão tomadas com a presença de 2/3 dos ministros, reforçando a tese de que, até mesmo as normas pré-constitucionais, estão submetidas à reserva de plenário. Já em relação a atribuição do Senado Federal para suspender, no todo ou em parte, a execução de lei declarada inconstitucional, entende-se estar diante de uma verdadeira lacuna ontológica do art. 52, X, levando em consideração a proeminência, na vigência da atual Constituição, dos mecanismos de controle concentrado e gradual processo de objetivação dos recursos ao STF, relegando a participação do Senado a um mero expectador do poder e do alcance das decisões vinculantes do Supremo, encorpendo a tendência de um controle de constitucionalidade forte. Não defendemos, propriamente, a existência de uma mutação constitucional, mas da própria perda de sentido da norma em questão.

95 ENTERRÍA, Eduardo García. **La constitución como norma jurídica el y tribunal constitucional**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionais, 1985.

96 Particularmente, em vez de recorrer à expressão “inconstitucionalidade” como genérica, prefere-se o termo “incompatibilidade”, pois a incoerência com o texto constitucional resultaria no efeito de invalidade ou de não-recepção, cabendo à eficácia da decisão estender, de acordo com as balizas da interpretação constitucional, o alcance temporal das respectivas consequências.

97 Em razão desta peculiaridade funcional da ADPF, enquanto mecanismo de fechamento de tutela da força normativa do sistema constitucional e que adentra nas questões de compatibilidade do direito pré-constitucional, melhor falar em controle de normas e não em controle de constitucionalidade.

compatibilidade das normas pré-constitucionais (art. 1º, parágrafo único, inciso I), pela via concentrada e levando em conta a reserva de plenário (art. 8º, Lei nº. 9.882/99), sem, contudo, admitir a teoria da inconstitucionalidade superveniente. Trata-se de um caso excepcional de competência do STF instituída por legislação infraconstitucional, já que não é possível extrair tal atribuição do texto constitucional.

Essa inovação trazida pela Lei nº. 9.882/99, que regulamentou a ação por descumprimento de preceito fundamental, fortalece a tendência legislativa de significativa expansão da manipulação dos instrumentos excepcionais de controle concentrado pelo Supremo e o amplo alcance de suas decisões por meio da objetivação de instrumentos processuais. O protagonismo da jurisdição constitucional concentrada, no que tange à proteção *lato sensu* da eficácia constitucional, representa um risco consentido pelos poderes representativos e que consagra duas faces controversas:

Por um lado, a estabilidade das relações jurídicas pelo alcance pacificador (*erga omnes*) de potenciais controvérsias judiciais pelas decisões em controle concentrado, conferindo a última palavra sobre a compatibilidade das normas pré-constitucionais. Levando em conta a natureza diversificada das atribuições do STF e a estrutura continental da organização do Judiciário no Brasil, não se questiona a opção legislativa e política judiciária de estender, por meio de lei infraconstitucional, a competência⁹⁸ que, implicitamente, já exercia no controle incidental⁹⁹.

Por outro, confere-se ainda mais concentração de poder ao Supremo em relação aos demais órgãos do Judiciário, aos poderes representativos¹⁰⁰ e à sociedade no geral,

98 Rechaça-se o papel representativo das Cortes constitucionais, conforme a doutrina de Luís Roberto Barroso, quando assevera que, além de possuir a prerrogativa contramajoritária, também exerce o papel de representação popular, atuando corretivamente nas situações em que os demais poderes, por ação ou omissão, contrariam a vontade popular expressa na Constituição. Nesse sentido, ver: BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2018. Não se questiona a importância da jurisdição constitucional para a sustentação das democracias contemporâneas, mas o raciocínio esposado pelo doutrinador em relação à atuação do STF, enquanto mecanismo de controle recíproco, está circunscrito no conceito clássico de ato inconstitucional (omissivo ou comissivo), ou seja, o Judiciário atua quando os outros poderes extrapolam os limites de suas respectivas competências constitucionais, como mecanismo estabilizador das regras democráticas. O protagonismo é um sinal de desregulação das funções dos Poderes, comprometendo o amadurecimento democrático da sociedade. Nesse sentido, TUSHNET, Mark [...]; HIRSCHL, Ran [...]; WALDRON, Jeremy [...].

99 Inclusive, por ocasião do julgamento da ADPF 33/PA, o ministro Gilmar Mendes reforçou a importância do juízo de compatibilidade das normas anteriores à Constituição pela via do controle concentrado, levando em consideração o poder de alcance das decisões e a consequente obstaculização de julgamentos conflituosos no contexto do controle incidental, confirmando, em seu voto, o entendimento consolidado na ADI nº. 2 ao afirmar que: “Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente”.

100 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993, p. 94. “E certamente reconhece-se que até um judiciário inicialmente dedicado à

submetendo a legitimidade democrática ao risco da ponderação¹⁰¹. Enfatadamente, uma ampliação de poderes (por exemplo, ação declaratória de constitucionalidade, modulação de efeitos, súmula vinculante, repercussão geral, regulamentações infraconstitucionais etc.) que não repercutiu, significativamente, de forma quantitativa ou qualitativa, para o exercício da prestação jurisdicional num contexto democrático.

Por isso, apesar de alguns benefícios trazidos, não se hesita em afirmar que o legislador, por meio EC n.º. 45/2004, a mais extensa emenda constitucional, deu um passo maior que a perna no que diz respeito a conceder poderes excessivos e concentradores ao STF e ter como retorno o desequilíbrio entre os poderes e a sua ingerência política em questões sensíveis à democracia.

2.3.2 A recepção dos tratados internacionais com conteúdo de direitos humanos: intertemporalidade constitucional e *status* normativo.

Abre-se um parêntese para, de forma breve, tratar de assunto que possui pertinência com a intertemporalidade constitucional¹⁰². Tal qual visto em relação ao direito pré-constitucional (direito interno), os tratados internacionais de direitos humanos, anteriores à Constituição vigente, também passam por esse processo de aceitação pela ordem jurídica interna, já que a Constituição dispõe de um procedimento específico de assimilação de tratados (arts. 49, I e 84, VIII), além das regras do art. 5º, § 2º e § 3º da CF/88.

Por óbvio, esse processo de verificação de compatibilidade é bem menos conflituoso na medida em que os diplomas internacionais empreenderam, ao longo dos 70 (setenta) anos de afirmação dos direitos humanos pela Carta das Nações Unidas (1945)¹⁰³, um campo de

proteção da liberdade dos cidadãos, pode terminar, malgrado seu, por se transformar em instrumento de tirania, se privado por longo tempo de legitimidade democrática”.

101 Registra-se a observação de Shapiro (2011) sobre o risco de uma visão simplista a respeito da relação entre maioria e representação, pois, apesar de constituído sob premissas democráticas, a vontade desta não desembocam, necessariamente, em decisões majoritárias.

102 LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005, p. 16-18. “Há, no entanto, uma situação jurídica de direito intertemporal distinta das duas hipóteses já mencionadas: a dos muitos tratados internacionais de direitos humanos a que o Brasil aderiu e recepcionou no seu ordenamento jurídico desde a Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional n. 45, seguindo a política jurídica exterior determinada pela '*vis directiva*' do inc. II do art. 4º. Entre estes tratados estão o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Penso que os dispositivos destes e de outros tratados recepcionados pela ordem jurídica nacional sem o '*quorum*' de uma emenda constitucional não podem ser encarados como tendo apenas a mera hierarquia de leis ordinárias. E é neste ponto que a controvérsia se colocará em novos termos, para voltar ao ensinamento de Paul Roubier, acima referido”.

103 Nesse sentido, ver: HENKIN, Louis. **The age of Rights**. Nova York: Columbia University Press, 1990.

influência significativo ao catálogo de direitos fundamentais inseridos na Constituição de 1988. Em razão da essencialidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TIDH), não é indefensável uma tese de equiparação material às normas constitucionais, podendo-se designá-los como integrante do bloco de constitucionalidade¹⁰⁴.

Já em relação à recepção formal, a questão torna-se um pouco complexa, pois é necessário levar em conta questões fáticas e objetivas sobre a condição dos TIDH em relação às normas constitucionais. Em primeiro lugar, os tratados de direitos humanos anteriores à CF/88 não ocupam espaço no texto constitucional; em segundo, conforme assevera Ingo Sarlet¹⁰⁵, seria por demais forçoso considerar, no mesmo plano de igualdade formal, um decreto legislativo e uma norma constitucional, já que se diferenciam, não apenas, em quórum, mas também em trâmite legislativo e, principalmente (aos tratados internalizados após o advento da CF/88 e anteriores à EC n.º. 45/2004) em relação às limitações; em terceiro, é no mínimo estranho recepcionar uma norma como constitucional se o próprio legislador constituinte poderia tê-la considerado como parte integrante do Texto Magno; e, em quarto, da mesma forma que a desconstitucionalização ocorre por previsão expressa e indicativa da desnaturação, a constitucionalização de norma anterior também deveria seguir a mesma lógica de manifestação inequívoca.

Apesar do posicionamento consolidado no recurso extraordinário n.º 466.343-SP¹⁰⁶,

104 FAVOREU, Louis; LOIC, Philip. **Les grandes décisions du Conseil constitutionnel**. 14. ed. Paris: Dalloz-Sirey, 2007. FAVOREU, Louis; LLORENTE, Rubio. **El bloque de la constitucionalidade**: simposium franco-español de derecho constitucional. Madrid: Civitas, 1991. A expressão é tributária do direito francês, onde o eminente jurista, Louis Favoreu, extrai de um julgamento paradigma, no início dos anos 1970, sobre a liberdade de associação, o que denominou de “bloco de constitucionalidade”. Designando-se no conjunto de princípios e regras de valor constitucional (a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o Preâmbulo da Constituição de 1946, as leis da República, além da própria Constituição de 1958), o termo é um desdobramento do ‘bloco de legalidade’, desenvolvido por Maurice Hauriou. Favoreu adverte, ao mencionar a recepção do termo em outros contextos normativos, que a sua utilização tende a gerar dissensões conceituais, principalmente, porque, no direito francês, o bloco de constitucionalidade evoluiu para além de sua concepção originária, o que têm ocasionado, em sua análise sobre a aplicação pelo tribunal constitucional espanhol, certa confusão sobre a sua delimitação.

105 SARLET, Ingo Wolfgang. **Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos**. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/28337/006_sarlet.pdf?sequence=3>. Acesso em: 17 out. 2018. Entende-se, acrescentando ao posicionamento de Ingo Sarlet, que a disparidade entre procedimentos não desautorizaria o legislador constituinte, se assim quisesse, de considerar decretos com o *status* que entenda ser pertinente à transposição normativa entre ordens constitucionais. Assim o fez em relação aos Decretos-leis (Código Penal, Consolidação das Leis do Trabalho, Código de Processo Penal, Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro etc.), atos normativos expedidos pelo Executivo, recepcionados como leis ordinárias. Já em relação aos Decretos legislativos editados na vigência da Constituição de 1988 defender a equiparação formal desses tratados representaria, em tese, a quebra da rigidez e, conseqüentemente, da supremacia formal da constituição, abrindo, no mínimo, uma zona cinzenta de disponibilidade das normas mais caras à caracterização do Estado democrático de direito.

106 A discussão desses dois parágrafos, diga-se de passagem, ensejaria uma outra abordagem vertical sobre o âmbito de categorização e eficácia social das normas constitucionais, tendo em conta a imprecisão das

opta-se, em razão da coerência teórico-prática, pelo entendimento de Piovesan¹⁰⁷ e Cançado Trindade¹⁰⁸, presumindo-se, primeiramente, que os tratados internacionais de direitos humanos (TIDH) internalizados em momento anterior ao advento da Constituição de 1988 foram recepcionados com *status* material de norma constitucional, por força do § 2º do art. 5º, fundando-se em dois motivos: a) do conteúdo que se conecta ao propósito de ampliação dos direitos *pro persona*, seja na ordem individual, seja na coletiva; b) e, conseqüentemente, por corresponder a um sentimento constitucional de promoção dos direitos humanos na sociedade brasileira, goza de *status* hierárquico superior em relação às demais normas do sistema que possam confrontá-las, reservando-se a estas a categoria de normas materialmente constitucionais, que exercem influência vinculativa nas relações horizontais e verticais, bem como no exercício das funções típicas e atípicas dos poderes do Estado¹⁰⁹. E é marcante a presença desses tratados de direitos humanos em todo o ordenamento, desde a previsão de garantias processuais até a defesa dos denominados grupos vulneráveis.

Do mesmo modo, entende-se que, mesmo após a EC n.º. 45/2004, a forma utilizada para a recepção do TIDH, § 2º ou § 3º do art. 5º não retira a sua materialidade constitucional, independentemente de ter sido internalizado anterior ou posteriormente à vigência daquela emenda constitucional, apresentando-se como braços de um rio que desembocam numa mesma foz.

Na prática, será difícil desvencilhá-los da ideia de bloco de constitucionalidade (formal e/ou material)¹¹⁰ e também de que a adoção do critério material já seria o suficiente para

prescrições contidas no § 3º do art. 5º, que trouxe, para a majoritária doutrina, uma vitória de consagração dos direitos humanos, quando, em verdade, trata-se de uma regra totalmente dispensável e ensejadora de construções jurisprudenciais mirabolantes. Mais à frente, será discutida a tentativa frustrada, em nossa opinião, do poder reformador em conferir *status* formal aos tratados internacionais de direitos humanos.

107 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. A autora, seguindo a tendência teórica dos direitos humanos em fortalecer o sincretismo entre o sistema jurídico interno e o internacional, assevera que a ratificação é ato suficiente para, nos termos dos §1º e §2º do art. 5º, admitir, não apenas o *status* constitucional, mas a sua aplicabilidade imediata na perspectiva de ser invocado enquanto direito subjetivo do indivíduo.

108 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Vol. I. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

109 Aplica-se, em razão da equivalência de norma constitucional conferida TIDH, a mesma orientação em relação ao direito pré-constitucional e ao direito pós-constitucional, gerando a perda da vigência e a invalidação, respectivamente, por ser inconveniente, como entendem os teóricos do direito internacional.

110 Deduz-se da jurisprudência da Suprema Corte da Colômbia, referência latino-americana na aplicação e interpretação constitucional, no que tange à recepção nacional da teoria do bloco de constitucionalidade francês, a existência de duas dimensões: *stricto sensu* e *lato sensu*. O bloco de constitucionalidade *stricto sensu* seria composto, além das normas da Constituição (preâmbulo e os artigos da Constituição) pelas normas internalizadas e que, por expressa previsão, são alçadas a nível constitucional (Tratados de direitos humanos, tratados que reconhecem direitos intangíveis, além das Convenções da OIT). Já o bloco de constitucionalidade *lato sensu* incluiria as normas que compõem o bloco *stricto sensu* mais outros tratados diversos dos previstos no art. 93 da Constituição; estas últimas ocupariam um nível hierárquico inferior. Similarmente, no direito constitucional

afastar incompatibilidades em face do princípio *pro homine*, aplicando-se, ao caso concreto, a norma mais favorável sem levar em consideração o grau de hierarquia normativa, técnica, plenamente, aplicada nos conflitos normativos no âmbito do direito do trabalho brasileiro. Além do controle interno, faz-se premente lembrar da função dos sistemas regionais na tutela desses direitos, notadamente, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, na figura da Comissão e da Corte.

Questão teórica interessante, no que se refere à relação entre recepção constitucional e tratados internacionais de direitos humanos integrados pelo rito do art. 5º, §3º, é saber acerca de sua condição em face de uma nova constituição. Quer dizer, se se considera que tais normas equivalentes são, formalmente, constitucionais, elas seriam atingidas pela revogação global, imprimida por uma nova constituição?

Entende-se que a natureza normativa dependeria da forma de previsão na nova ordem constitucional, pois, levando em conta a aplicação da técnica da recepção, seria possível desconsiderar a forma de exteriorização do ato normativo, estabelecido na constituição anterior para identificá-lo como uma lei ordinária ou específica. Nesse caso, estar-se-ia diante do fenômeno da desconstitucionalização, já que a emenda constitucional equivalente perderia essa condição para ocupar *status* inferior no sistema normativo.

Outra situação, pouco provável, mas que não poderia ser descartada, seria a possibilidade de não recepção dos tratados de direitos humanos, tendo em conta incompatibilidade material com norma originária da Constituição¹¹¹. E a última opção seria conferir a estes tratados a natureza de norma constitucional, acarretando, em vez de revogação, uma fusão entre ordens jurídicas.

Essa questão afetaria diretamente o mito da autoridade ilimitada do poder constituinte fundador, o que não seria irrazoável, na medida em que gradativamente o sentido de soberania

brasileiro, o que diferenciaria as duas modalidades de bloco de constitucionalidade seria o aspecto formal, já que as normas intermediárias ou supralegais seriam aquelas detentoras de conteúdo constitucional, mas ocupando *status* inferior (normas de direitos humanos que não atendeu ao rito do art. 5º, §3º); e as normas formalmente constitucionais, compostas pelos artigos da Constituição, suas emendas e os tratados internacionais de direitos humanos internalizados pelo rito do art. 5º, §3º.

111 Nesse caso, resta uma dúvida sobre a natureza do efeito da não incorporação dos tratados internacionais ao novo ordenamento jurídico, pois considerando o *status* constitucional equivalente e a forma como estes se vinculam à constituição, poderíamos falar em: revogação, caducidade ou não recepção. Seria revogação, pois detendo o mesmo *status*, estar-se-ia diante de uma lei posterior que revoga lei anterior. Ou poderia ser caducidade, na medida em que essas normas se aglutinariam à constituição pelo rito do art. 5º, §3º da CF/88, mas estando fora do “código constitucional”. Revogando-se estes, aquelas caducariam por consequência lógica. Ou simplesmente, recorria-se à técnica da não recepção, onde, pontualmente, seria avaliada a compatibilidade de cada instituto.

ganha novas nuances em face da integração de sistemas jurídicos nacionais às normas internacionais.

Caso não exista cláusula semelhante ou uma regra de identificação específica para essas normas, a mudança constitucional não retiraria a eficácia do tratado internacional de direitos humanos, cabendo ao constituinte definir a sua natureza jurídica. O simples fato de um TIDH ser norma constitucional equivalente, não lhe suprime a natureza originária de um diploma internacional, devendo, particularmente, ser recepcionado com a mesma qualidade, qual seja: um tratado internacional com *status* de norma constitucional equivalente, agregando-se ao novo texto por previsão expressa de norma geral ou automaticamente ao bloco de constitucionalidade.

2.3.3 A questão da norma ainda constitucional (ou em trânsito para a inconstitucionalidade ou inconstitucionalidade progressiva) e a sua forma de aplicação no modelo brasileiro.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, claramente adepta da teoria da nulidade no controle de normas, contrapondo-se ao modelo austríaco de anulabilidade atribuído a Kelsen, necessitou, em determinadas oportunidades, reconsiderar o efeito imediato e retroativo de suas decisões para evitar o agravamento das relações jurídicas. É sabido que o legislador não é capaz de acompanhar, em tempo real, a dinâmica das mudanças nas relações em sociedade, ocasionando a defasagem da lei, a sua inadequação no tocante à proteção dos direitos fundamentais e a conseqüente provocação da jurisdição constitucional para apreciar a sua validade¹¹².

Com a promulgação da Lei Fundamental de Bonn (1949), o Tribunal Constitucional, no contexto de reconstrução da sociedade alemã do pós-guerra e instituído em 1951, enfrentou questões polêmicas acerca da necessidade de revisão legislativa, levando em conta as mudanças sociais. Reconhecendo os seus limites constitucionais, as conseqüências jurídicas de suas decisões e o papel de estabilização das relações jurídicas numa democracia, o Tribunal desenvolveu a técnica da decisão do apelo ao legislador, modalidade de sentença intermediária, preservando a situação constitucional imperfeita até ulterior alteração legislativa, adequando

112 MARTINS, Leonardo. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 99-100. Segundo o autor: “Esse tipo de decisão surgiu naqueles casos em que, em função de mudanças muito rápidas nas estruturas sociais e econômicas, o legislador ainda não pôde se atualizar. Trata-se de uma decisão que, considerando a legitimidade democrática e a competência constitucional do legislador para a criação de regra geral e abstrata, ao constatar a existência de uma regra obsoleta, não a declara nula, mas declara-a como ‘ainda’ constitucional, com a ressalva do apelo para a sua atualização”.

a norma jurídica à realidade¹¹³.

Em vez de, açodadamente, declarar a inconstitucionalidade da lei por uma incompatibilidade ocasionada pela alteração das circunstâncias fáticas, sugestionou-se, como forma evitar o vazio normativo, a declaração provisória de constitucionalidade, oportunizando ao legislador o tempo para atualizar as modificações necessárias a evitar uma situação de inconstitucionalidade previsível. Diz-se, nesse sentido, que a norma transita para a inconstitucionalidade ou que seria “ainda constitucional”.

Dessa forma, não há declaração de nulidade da norma incompatível com a Constituição, mas a sinalização ao legislador de que ela precisa ser reformulada, sob pena de comprometer a efetividade das liberdades mais básicas. Para Martins¹¹⁴, “Tal obrigação é derivada da necessidade de se corrigir falsos prognósticos legislativos, em função das mudanças observadas na realidade empírica”. A medida, portanto, tem caráter preventivo, situação em que se rejeita a declaração de inconstitucionalidade.

Mendes¹¹⁵ menciona 03 (três) casos emblemáticos na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, que retratam aplicação da técnica da “norma ainda constitucional”: a) Divisão dos distritos eleitorais; b) Tributação do transporte de carga de longa distância; c) Pensão previdenciária no caso de morte de cônjuge de sexo feminino. Em todos os casos, as mudanças das situações fáticas tornaram as respectivas normas obsoletas e contrárias aos comandos constitucionais da Lei Fundamental, restando ao Tribunal Constitucional apelar para que o legislador no sentido de serem tomadas medidas corretivas e, enquanto isso, a norma permaneceria ainda constitucional.

A título de exemplo, a decisão do Tribunal (*BVerfGE 39, 169*)¹¹⁶, que tratou da aplicação do princípio da isonomia no que tange à diferenciação, pelo critério sexual,

113 KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 178. O referido jurista já mencionava em sua construção teórica sobre a concepção de um tribunal constitucional, datada de 1929, a respeito da postergação dos efeitos da decisão de anulação do ato normativo inconstitucional, vislumbrando a ação do legislador com o objetivo de evitar vazios normativos, indicando que: “Como dissemos, o tribunal constitucional deveria poder decidir que a anulação, em especial das leis e dos tratados internacionais, só entraria em vigor após a expiração de certo prazo a partir da publicação, quando mais não fosse para dar ao Parlamento a possibilidade de substituir a lei inconstitucional por uma lei conforme à Constituição, sem que a matéria regulada pela lei anulada ficasse sem disciplina durante um tempo relativamente longo”.

114 SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução de Beatriz Hennig; Leonardo Martins, et al. Berlin-Montevideo: Konrad-Adenauer Stiftung E. V., 2005, p. 112.

115 MENDES, Gilmar. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

116 Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039169.html>>. Acesso em: 28 out. 2018.

estabelecida pelo legislador para a concessão de benefício previdenciário (pensão por morte), representou um grande avanço no desenvolvimento das técnicas decisórias da jurisdição constitucional alemã, unindo o dever de controle recíproco aos limites de interferência de um poder no outro.

Nesse caso, o Tribunal Constitucional, ao projetar o gradual processo de inserção das mulheres no mercado de trabalho e da significativa mudança do papel da mulher nas relações familiares, com fundamento em dados estatísticos, considerou que aquela normatividade que previa regras distintas para fazer *jus* à pensão por morte, criada em uma situação temporal de aceitabilidade social e compatível com a Lei Fundamental, estava se movendo na direção da inconstitucionalidade. Ao realizar uma declaração provisória de constitucionalidade do dispositivo previdenciário, a sentença apelativa oportuniza prazo para que o legislador possa meditar sobre os impactos sociais, culturais e financeiros, e, por fim, tomar a decisão sobre a política de seguridade social.

É perceptível que a declaração de nulidade, nem sempre, estará vinculada à proposta de cumprimento dos comandos constitucionais, sendo as técnicas decisórias de flexibilização desse pressuposto das decisões da jurisdição constitucional concentrada, uma ferramenta que compatibiliza os interesses da sociedade com as pretensões de efetividade desejável da Constituição.

2.3.3.1 Aplicação da técnica da norma ainda constitucional na jurisprudência brasileira

A questão pertinente à norma ainda constitucional, em trânsito para a inconstitucionalidade ou inconstitucionalidade progressiva, construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Alemão, encontra-se dentre os mecanismos hábeis a evitar lacunas normativas capazes de comprometer a segurança jurídica das relações e os direitos fundamentais. Seguindo a mesma lógica de relativização da teoria da nulidade no controle de normas, essa técnica tolera a manutenção da vigência de norma com indícios de inconstitucionalidade, tendo em conta o lento processo de acomodação e efetivação sistêmica da ordem constitucional.

Trata-se de um estado em que a declaração de inconstitucionalidade, apesar de o contexto ensejar a sua incidência, não se mostra a mais adequada à resolução do conflito normativo, sendo denominada pela doutrina como “situações constitucionais imperfeitas” ou, no caso específico, de um processo de inconstitucionalização. Depreende-se, portanto, que

enquanto perdurar o processo de estabilização das normas constitucionais, não há falar, excepcionalmente, em declaração de inconstitucionalidade ou revogação, sendo provável que a sua incidência poderia causar prejuízos à segurança jurídica nas relações sociais ou agravar o estado de inconstitucionalidade¹¹⁷.

É uma técnica, no contexto de utilização pelo Supremo, similar à modulação dos efeitos na medida em que permite prorrogar para o futuro a declaração de inconstitucionalidade ou uma incompatibilidade tolerável, fazendo perdurar tal situação, a depender do caso, por prazo indeterminado¹¹⁸. Não obstante isso, a inconstitucionalidade progressiva permite maior flexibilidade, pois independe do quórum qualificado de 2/3 (dois terços) dos membros do STF, bem como não há previsão legal de observância das cláusulas gerais de excepcional interesse social e segurança jurídica.

Entende-se, em razão da similaridade da finalidade e de já ter sido utilizada, mesmo na ausência de previsão legal expressa, a modulação de efeitos no controle difuso, que o Supremo deveria valer-se do art. 27 da Lei nº. 9.868/99 como parâmetro para estender a duração de uma inconstitucionalidade. É pertinente, inclusive, afirmar que a técnica da inconstitucionalidade progressiva foi absorvida pela modulação de efeitos, pois não apenas permite a decretação do efeito “pro futuro”, como também possui requisitos legalmente definidos e capazes de balizar a tomada de decisões extraordinárias pelo Supremo, evitando, com base nos fundamentos declinados, decisões consequencialistas.

A modulação dos efeitos representa um mecanismo capaz de consolidar os objetivos do Estado de Direito, possibilitando, em certa medida, uma maior mobilidade à jurisdição constitucional. Ao mesmo tempo, questiona-se, em tese, o grau de discricionariedade no que tange a sua prática constitucional, pois, por si só, os requisitos postos pela legislação não são capazes de garantir a tangibilidade da aplicação. A fundamentação de sua utilização, nesse contexto, passa a ser o meio mais palpável para se avaliar a coerência argumentativa dos ministros do STF.

O risco da banalização é um questionamento feito, por diversas ocasiões, pelo próprio Supremo, pois representa a excepcional tolerância, a pretexto do cumprimento dos requisitos

117 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 957. A pouco e pouco, desenvolveu-se a técnica das sentenças intermédias que não se reconduzem ao modelo binário de inconstitucionalidade/constitucionalidade.

118 Critica-se, conforme discussão sobre a mutação do conceito de validade, a fragilidade que a técnica da modulação de efeitos causa ao sistema democrático constitucional, principalmente, quando se está diante de uma modulação *pro futuro* por tempo indeterminado.

do art. 27, de atos que atentam contra o sistema jurídico, independentemente, da ponderação da boa-fé dos sujeitos que se locupletaram com o efeito *ex nunc*. Essa foi a preocupação exposta, em tese vencida, pelos ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Marco Aurélio, na ADI nº 3660/MS, ao questionarem o efeito *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade de lei que autorizava, indevidamente, o recebimento de porcentagem, por entidades privadas, de taxas decorrentes de serviços notariais.

A seguir, serão analisados casos de adoção desta técnica específica de decisão de apelo ao legislador pela jurisprudência da Corte brasileira, avaliando a pertinência de suas decisões no contexto do direito intertemporal constitucional.

2.3.3.1.1 Aplicação típica da técnica da norma ainda constitucional: casos relevantes na jurisprudência do STF

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de utilizar as decisões de apelo (*Appellentscheidung*) no sentido de admitir situações constitucionais imperfeitas ou, simplesmente, a tolerância de normas que, *prima facie*, poderiam representar uma violação ao princípio jurídico da isonomia, mas que, em verdade, tem a sua validade justificada em razão do porvir.

Toma-se, como exemplo, a decisão paradigmática no *Habeas Corpus* (HC) nº. 70.514-6/RS¹¹⁹, momento em que, incidentalmente, foi apreciada a validade do § 5º do art. 5º¹²⁰, incluído pela Lei nº 7.871/89, que alterou a Lei nº. 1.060/50, referente à concessão de assistência jurídica aos necessitados. Na exposição de motivos, o deputado federal Fábio Raunheitti (PTB/RJ) intencionou conferir isonomia entre os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, ao afirmar que os dispositivos do CPC/1973 traziam prerrogativas processuais voltadas à Fazenda Pública e ao MP (Art. 188 e art. 236, §2º - prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer e intimação pessoal, respectivamente) não extensíveis à DP.

A proposta, portanto, objetivava conferir prazo em dobro para todos os atos processuais e a prerrogativa da intimação pessoal do defensor público ou de quem faça as

119 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do HC nº 70.514-6/RS. Relator Min. Sydney Sanches. **Pesquisa de Jurisprudência.**

120 Art. 5º. O juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento dentro do prazo de setenta e duas horas. [...] § 5º Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.

vezes de defensor, oportunizando a paridade de armas entre os sujeitos da relação jurídica processual, seja no processo civil ou penal. Conforme manifestação dos ex-ministros Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira não haveria maior digressão quanto à pertinência do dispositivo no âmbito do processo civil. Aliás, a Lei nº 13.105/2015 fez questão de uniformizar os prazos de manifestação entre o MP, a DP e a Advocacia Pública, aniquilando qualquer dúvida sobre a validade do § 5º do art. 5º.

A questão central veiculada no HC tratava a respeito do benefício do prazo em dobro para a Defensoria Pública no processo penal, levando em conta que os prazos, nessa seara, são simples, inclusive para o Ministério Público (STJ - EDREsp nº 1.187.916 - SP). A única justificativa encontrada pelo STF, apesar da demanda da Defensoria ser inferior à época a do MP, a possibilitar o tratamento desigual em favor da DP era a circunstância de que esta, instituída nos moldes da Constituição de 1988, ainda não possuía aparato estrutural hábil para atuar em posição de igualdade com o MP.

O então ministro Moreira Alves (1994, p. 468), mencionando a construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão, considerou que uma “lei pode vir a ser inconstitucional, não o sendo, porém, enquanto essas circunstâncias de fato não se apresentarem com a intensidade necessária para que se tornem inconstitucionais”. Na data de manifestação do Supremo, apenas duas defensorias estavam, parcialmente, instituídas (Rio de Janeiro e Mato Grosso do Sul¹²¹), sendo um indicativo importante para a manutenção da constitucionalidade do dispositivo mencionado¹²².

Além disso, o advento da ordem jurídica de 1988, se comparado com os regimes constitucionais anteriores, representou um marco histórico no acesso ao Judiciário, sobretudo em razão da ampliação dos direitos e garantias fundamentais, onerando, em termos de recursos humanos, o dever do Estado em oportunizar a inafastabilidade da tutela jurisdicional (Art. 5º, XXXV), o que comprometeria o devido processo legal (Art. 5º, LIV).

Em decorrência dessa precariedade estrutural das Defensorias dos Estados e da União, o aparente tratamento desigual visava combater o aumento do que se denominou de “defesa formal”, evitando o exercício de um contraditório incapaz de influenciar na formação do

121 O ministro Marco Aurélio, na oportunidade, abriu a divergência para questionar a possibilidade de fragmentação da declaração de invalidade, pois se os Estados mencionados já haviam instituído suas defensorias, não haveria motivo, segundo o seu entendimento, para tratamento desigual.

122 Conforme dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (2013), existem aproximadamente 6.000 defensores públicos em atuação. Após 30 anos de vigência da Constituição de 1988, não há, nem de longe, a plenitude de concretização do art. 134.

convencimento motivado do magistrado. No lugar de declarar a inconstitucionalidade, tornando mais grave a situação, o Supremo entendeu que o § 5º do art. 5º da Lei nº. 1.060/50 seria uma norma em trânsito para a inconstitucionalidade na medida em que, gradualmente, a Defensoria vai se consolidando até chegar o momento da total incompatibilidade da previsão legal com a Constituição.

O exemplo é importante para ilustrar a técnica decisional pelo Supremo, nos termos em que foi concebida no direito alemão. Apesar do expressivo crescimento institucional e do protagonismo social da Defensoria Pública, ainda não é possível afirmar que a norma chegou ao estado de inconstitucionalidade definitivo, tendo em conta que a sua demanda é igual ou superior a do Ministério Público, mas esse fato contrasta com o número desproporcional de defensores públicos em relação à população necessitada destes serviços, além de estrutura incompatível¹²³. A regra que estabelece o prazo em dobro no processo penal para os defensores públicos, portanto, atende imperativo constitucional.

2.3.3.1.2 Aplicação atípica da técnica da norma ainda constitucional: o caso da legitimidade do ministério público para a ação civil ex delicto

A transição constitucional representa um processo gradual de confrontação em face das normas pré-constitucionais, bem como de concretização de suas diretrizes, não sendo factível falar em transposição instantânea entre ordenamentos jurídicos ou de ideais constituintes. O tempo de consolidação de novos valores e instituições é ainda mais extenso quando se migra de uma concepção de restrição de direitos fundamentais para uma ampla abertura.

Um dos casos mais emblemáticos enfrentados pelo STF foi a análise feita em face do art. 68 do Código de Processo Penal (CPP/1941), que trata da legitimidade do ministério público para a propositura da “ação civil *ex delicto*” em favor de hipossuficiente. A ordem constitucional estabeleceu, como função essencial à justiça, a Defensoria Pública (art. 134), instituição permanente e dotada de prerrogativas tipicamente voltadas à concretização do direito fundamental de acesso à justiça aos hipossuficientes, em sua acepção mais abrangente¹²⁴, bem como os demais direitos subjetivos, na esfera individual ou coletiva,

123 IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília: Ipea, 2013. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/deficitdedefensores>>. Acesso em: 25 dez. 2018. Segundo dados do IPEA, o déficit chega a mais de 10.578 defensores públicos.

124 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre:

decorrentes.

Apesar do ideal constituinte em possibilitar amplo acesso em toda a federação, em nível de União e Estados, a última defensoria pública estadual foi criada no ano de 2012 (Santa Catarina), sem contar o limitado acesso físico às defensorias da União, que praticamente estão restritas aos grandes conglomerados urbanos.

A regra do art. 68 do CPP colide com a Constituição de 1988, pois, na sistemática da nova ordem jurídica, caberia às defensorias a proteção dos interesses disponíveis dos hipossuficientes e não ao ministério público como determina o mencionado dispositivo, como também tal atribuição não está circunscrita na legitimidade de atuação do ministério público, pois, apesar do art. 129 não se tratar de um rol exauriente, a tutela de direitos individuais disponíveis é matéria alheia ao órgão ministerial.

No mesmo sentido, o referido dispositivo é contrário ao art. 1º da Lei Complementar 80/94, que reserva à defensoria a legitimidade para tutelar os direitos dos hipossuficientes. O mesmo raciocínio é aplicável à LC nº. 75/93 e à Lei nº. 8.625/93, que regulamentam a organização e as funções ministeriais. Percebe-se que, além de não ter sido recepcionado pela Constituição, sua revogação foi novamente confirmada pelo legislador infraconstitucional.

O Supremo, nos REs nsº. 135.328 e 341.717 (AgR), entendeu que, apesar da incompatibilidade, a retirada da legitimidade do MP poderia comprometer o acesso à justiça, tolerando o vício material até que se observe uma expansão razoável das Defensorias Públicas, ao contrário do Ministério Público, instituição anterior à CF/88 e bem mais difundida que a Defensoria Pública.

É importante enfrentar a situação de maneira fragmentada. Em primeiro lugar, trata-se de uma norma anterior à Constituição Federal de 1988. Conforme mencionado anteriormente, pouco importa, em termos práticos, se o STF adota a teoria da revogação ou da inconstitucionalidade superveniente, pois a adoção da sistemática da modulação de efeitos permitiria combater sem maiores problemas os desdobramentos negativos decorrentes da tolerância da norma inconstitucional pela concessão do efeito *ex nunc*.

Em segundo lugar, o art. 68, a partir do advento da Constituição, tornou-se revogado,

Sergio Antonio Fabris, 1988. SOUZA, José Geraldo. **Por uma concepção alargada de Acesso à Justiça**. Rev. Jur., Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p.01-14, abr./maio, 2008. SADEK, Maria Tereza (org). **Justiça e cidadania no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2000. SADEK, Maria Tereza. **Acesso à Justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. SADEK, Maria Tereza. **Estudo diagnóstico: Defensoria Pública no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, 2004.

não sendo pertinente falar de inconstitucionalidade progressiva ou norma ainda constitucional. Percebe-se o equívoco, diante da situação concreta, da denominação conferida, pois trata-se de uma pré-constitucional e que, portanto, não estaria sujeita a um juízo de validade, mas de recepção. Os casos julgados pelo Tribunal Constitucional Alemão dizem respeito à verificação de normas editadas após a edição da Constituição de 1949, tornando-o apto a exercer juízo de inconstitucionalidade.

Nos casos citados da jurisprudência alemã, a norma nasce constitucional, mas em razão das alterações nas situações de fato, esta inclina-se a um gradual processo de obsolescência em sua dimensão de validade perante a Constituição. No caso em questão, a Constituição brasileira, *prima facie*, revogou o art. 68 e modificou a legitimidade, mas a efetividade da previsão normativa foi obstada pela realidade, tendo em conta a lenta disseminação da defensoria pública pelo território nacional.

Observe-se que a norma pré-constitucional é integrada à nova ordem com um vício de incompatibilidade material, ao contrário do que foi verificado na jurisprudência do TCFA, mas a sua vigência é tolerada em razão da garantia de acesso à justiça pelo ajuizamento de ações reparatórias (ação civil *ex delicto*) pelo MP, até que a assistência judiciária gratuita seja amplamente difundida. A ausência das transformações fáticas, na verdade, é o que sustenta a vigência de uma norma claramente não recepcionada. Em vez da expressão “norma ainda constitucional”, verifica-se no conteúdo da decisão do STF a preservação de uma “norma pré-constitucional ainda vigente”.

Essa conclusão teórica possui efeitos práticos. Imagine-se que, se as mudanças fáticas são implementadas, ou seja, ocorre a plena difusão das defensorias públicas, o art. 68 será revogado por ser norma pré-constitucional. A questão que se coloca é: qual o efeito temporal da revogação a ser considerado? A data da promulgação da Constituição de 1988 ou o efeito *ex nunc*?

Por coerência teórica seria a primeira opção, levando em conta que a revogação do mencionado dispositivo ocorreu com o advento da Constituição de 1988. Entretanto, a adoção desse posicionamento comprometeria a validade dos processos judiciais regidos pelo art. 68 do CPP. Com vias a garantir a segurança jurídica das relações, a segunda resposta é a mais viável, sendo forçoso admitir a manutenção dos seus efeitos até o momento em que se tornará superada pela realidade, pois já que a própria sentença intermediária consentiu a manutenção de sua vigência, a futura revogação operará efeitos prospectivos (*pro futuro*).

Não existe, no caso apresentado, constitucionalidade transitória ou intermediária de uma determinada norma¹²⁵, mas a postergação da declaração de nulidade ou de revogação, haja vista a impossibilidade instantânea de concretização de um comando constitucional por circunstâncias fáticas ou pela ausência de legislação pertinente, evitando lacunas normativas indesejadas. Mendes¹²⁶ argumenta a favor da diversificação dessas técnicas decisórias da jurisdição constitucional, permitindo o enfrentamento de questões polêmicas por meio de decisões medianas.

O que está em processo de progressividade é a implementação das normas constitucionais e não a referida norma, que sofreu de revogação desde a promulgação da Constituição de 1988. A sentença de apelo envolve o entrelaçamento de um conjunto de ações, não apenas exortando o Legislativo¹²⁷, mas também o Executivo para que tome as providências, por intermédio das políticas públicas, de realização do direito fundamental de acesso à justiça pela defensoria pública. Nas circunstâncias atuais, a vigência do art. 68 ainda perdurará por um longo período, tendo em conta a pesada missão constitucional em garantir o acesso ao Judiciário aos necessitados por meio de defensor público.

2.4 Outras questões de intertemporalidade constitucional

Conforme foi possível verificar nos tópicos anteriores, a intertemporalidade constitucional não se manifesta apenas nos momentos de transposição entre ordens jurídicas, emergindo também em situações ordinárias de aplicação ou modificação das normas constitucionais, não havendo, necessariamente, uma relação exclusiva com o direito anterior ao regime vigente.

É imperioso analisar outras situações que merecem o devido aprofundamento teórico da relação entre tempo, Constituição e vazios normativos, entretanto, sem relegar os efeitos práticos de sua incidência. Nesse sentido, os tópicos a seguir trazem questões decorrentes desse entrelaçamento no que diz respeito à repristinação e ao efeito repristinatório, a eficácia

125 Afirma-se, nas palavras do Ministro Paulo Brossard, na ADI nº. 2/DF (1992, p. 34), ou a inconstitucionalidade é congênita ou não existe.

126 MENDES, Gilmar. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 25. O autor assevera que: “[...] não raras vezes, amplas reformas exigidas pelo texto constitucional não podem ser implementadas de forma imediata, carecendo de um prazo razoável de maturação. Nesse caso, a declaração de nulidade das normas em vigor, além de impedir uma reforma gradual, pode levar a um vácuo legislativo”.

127 E, de certo modo, a Emenda Constitucional nº. 80/2014, que tratou da autonomia e da ampliação da defensoria pública, representou uma tentativa de resposta ao demorado processo de implementação do direito fundamental de acesso.

das decisões em mandado de injunção e a funcionalidade das normas acessórias inseridas nas emendas constitucionais¹²⁸.

2.4.1 Intertemporalidade constitucional, repristinação e efeito repristinatório

Ainda no contexto da intertemporalidade constitucional, tem-se a técnica da repristinação e do efeito repristinatório como instrumentos direcionados a evitar omissões normativas que possam acarretar violações ao princípio da segurança jurídica. A repristinação representa a restauração da vigência de lei revogada, tendo em conta a revogação da lei que a revogou e desde que a última lei revogadora traga menção expressa de restauração daquela. No ordenamento jurídico pátrio, encontra previsão, como medida excepcional, no art. 2º, § 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-lei nº. 4.657/42), que estabelece regras gerais de aplicação das leis no tempo e no espaço.

De plano, não há possibilidade de repristinação, total ou parcial, da Constituição revogada em razão da posterior revogação da Constituição revogadora. Ainda que se cogite a sua ocorrência no âmbito de manifestação do poder constituinte é factivamente impossível admitir a restauração de uma Constituição revogada, o que representaria, no campo da intertemporalidade constitucional, um caos normativo às situações consolidadas, pois traria por arrastamento, não apenas o texto constitucional, mas toda a restauração de legislação infraconstitucional.

Em relação ao efeito repristinatório, admite-se a sua aplicação no controle concentrado de normas de maneira a preencher os vazios normativos decorrentes do deferimento de medida cautelar que determina a suspensão da eficácia de ato normativo (Art. 11º, § 2º, da Lei nº. 9.868/99)¹²⁹ ou da declaração de inconstitucionalidade de lei revogadora, restaurando a

128 Conforme assinalado no início deste capítulo, ao tratar da divisão entre o direito intertemporal constitucional e o direito constitucional intertemporal, A intertemporalidade constitucional também alcançaria o instituto da medida provisória que, apesar de possuir previsão em norma permanente da Constituição (art. 62), produz efeito característico da transitoriedade normativa. Não, simplesmente, pelo prazo de vigência limitado ou pelos seus pressupostos de relevância e urgência, mas também pela possibilidade de conflituosidade normativa entre os efeitos ultrativos da medida provisória não convertida em lei e uma norma posterior. Conforme estabelece o art. 11 e parágrafos da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, que dispõe sobre a apreciação das medidas provisórias, a rejeição ou a perda da eficácia de uma MP importa a necessidade de elaboração de decreto legislativo hábil a disciplinar as relações jurídicas decorrentes de sua vigência, competindo, sucessivamente, à comissão mista que apreciou a MP, no prazo de 15 dias, a apresentação do projeto e, em caso de omissão, a qualquer parlamentar. Passados 60 dias da rejeição sem a edição do decreto legislativo ou da perda da eficácia da MP, os atos praticados sob a sua égide serão por ela preservados.

129 Compreende-se, em razão da previsão legal, dentro da esfera da competência do STF a possibilidade de que o STF, em situações de concessão de medida cautelar para suspender a eficácia de lei que teve a sua presunção de constitucionalidade questionada, possa barrar a restauração da lei revogada, tendo em conta a natureza

vigência do ato normativo revogado. Ao contrário de Portugal, que estabeleceu previsão constitucional expressa, o Brasil consolidou o instituto, normativamente, por meio de lei infraconstitucional.

Entendendo que a decisão de nulidade declara a inexistência do ato revogador, a lei revogada jamais deveria ter perdido a sua vigência¹³⁰. Miranda (2008, p. 286) dispõe, nesse sentido, que a norma declarada inconstitucional “[...] nenhuma capacidade de modificação da ordem jurídica possui, tampouco poderia ter validamente revogado uma norma precedente sobre a mesma matéria”¹³¹.

Merlin Clève¹³², levando em consideração a teoria da nulidade, afirma que se trata de uma aparente revogação, pois o efeito retroativo reconhece na origem a ausência de efeitos, no plano jurídico, da lei revogadora declarada inconstitucional. Não se trata, portanto, de repristinação propriamente dita, pois embora o Supremo atue enquanto um legislador negativo, a decisão não revoga a lei, mas a declara inconstitucional, recobrando a vigência e a eficácia da lei revogada. A lei restaurada, nesse sentido, não se trata de uma criação normativa pela decisão judicial, mas a consequência lógica da incapacidade de lei inconstitucional gerar, em regra, qualquer efeito, inclusive o revogatório.

Na sistemática do controle de constitucionalidade brasileiro, pode-se mencionar o efeito repristinatório decorrente da decisão na ADI nº. 2.135-4, que apreciou a validade de dispositivos insertos pela EC nº. 19/98, especificamente, sobre a definição do regime jurídico único. Em razão da declaração de inconstitucionalidade, o Supremo restaurou o texto original do art. 39 da Constituição de 1988, que prevê a obrigatoriedade de instituição de regime jurídico único na Administração Pública.

O Supremo é firme no entendimento¹³³ de que a apreciação de pedido de inconstitucionalidade de norma revogadora, que reproduz (total ou parcialmente) o conteúdo de norma revogada, ambas editadas na vigência da Constituição de 1988, é inviável se esta (norma revogada) não estiver no bojo do pedido principal, pois a nulidade daquela (norma revogadora) tornaria inútil o esforço de expurgar as incongruências do ordenamento jurídico.

precária da tutela provisória e dos riscos inerentes à segurança jurídica.

130 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2008, Tomo VI.

131 Não se descarta a possibilidade de afastamento da declaração de nulidade, recorrendo-se à modulação dos efeitos nos termos em que estabelecem as leis do controle abstrato no direito brasileiro.

132 CLÈVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. No mesmo sentido, BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

133 ADIs nsº 2.132/RJ, 2.142/DF e 2.621/DF.

Tal exigência é razoável, pois oportuniza a declaração de toda a cadeia normativa evitada de vício, evitando-se o efeito repristinatório indesejado. Isso importa afirmar que, mesmo a lei revogada, tem importância para a apreciação do mérito de uma inconstitucionalidade. Isso pode acontecer pela necessidade de avaliar a viabilidade jurídica de um efeito repristinatório ou por ocasião do efeito ultrativo de leis revogadas.

Nestas últimas, atos potencialmente inconstitucionais ficariam blindados pelo argumento de que o fim da vigência da lei acarretaria a perda do objeto da ação de controle concentrado, sendo que o Supremo teria competência para modular efeitos indesejáveis¹³⁴, já que a revogação importa na subsistência dos efeitos ultrativos. Outra solução prática seria a oportunidade do legislador de se valer da lei revogadora para modular, por meio de disposições transitórias, tais efeitos.

Questão interessante no campo do efeito repristinatório no controle abstrato de normas é a que trata da possibilidade de restauração de norma pré-constitucional, tendo em conta a declaração de nulidade de lei revogadora (pós-constitucional). O mesmo raciocínio deve ser aplicado em relação às normas pré-constitucionais com a ressalva de que, se se tratar de declaração de inconstitucionalidade de norma revogadora que reproduz norma anterior à Constituição, a verificação de compatibilidade será norteadada pela intertemporalidade, ou seja, a decisão declarará se a norma foi ou não recepcionada pela Constituição de 1988, sendo este, em regra, o marco temporal final de sua eficácia.

Se o direito pré-constitucional, portanto, padece do mesmo vício, o efeito repristinatório é, do mesmo modo, indesejado, tendo o intérprete o dever de afastá-la pelo juízo de não recepção. Não haveria necessidade de, sequer, constar no pedido principal da ADI, pois tal objeto seria alheio ao mecanismo utilizado, conforme já assentado pela

134 DIEZ-PICAZO, Luís Maria. **La derogación de las leyes**. Madrid: Civitas, 1990, p. 225. Nesse sentido, Diez-Picazo não há razão lógica para conceber a impossibilidade de apreciação, pelo legislador ou pelo controle jurisdicional de constitucionalidade, dos efeitos de atos normativos revogados: “Em outras palavras, se a revogação é uma expressão da inesgotabilidade do poder legislativo ou da capacidade indefinida do legislador de configurar o ordenamento e se o controle da constitucionalidade é imposto como exigência da Supremacia da Constitucionalidade, na medida em que as leis revogadas continuar a exibir efeitos, não há razão para que esses efeitos sejam indisponíveis para o legislador ou possam violar impunemente os preceitos constitucionais. Os efeitos normativos de uma lei revogada não gozam, pela simples circunstância de derivar de uma fonte esterilizada, de imunidade alguma” [Tradução livre]. “En otras palabras, si la derogación es expresión de la inagotabilidad de la potestad legislativa o indefinida capacidad del legislador para configurar el ordenamiento y si el control de constitucionalidad viene impuesto como exigencia de la Supremacia de la Constitucionalidad, en la medida en que las leyes derogadas continúen desplegando efectos no hay motivo alguno por el que esos efectos deban indisponibles para el legislador o puedan vulnerar impunemente preceptos constitucionales. Los efectos normativos de las leyes derogadas no gozan, por la simple circunstancia de proceder de una fuente esterilizada, de inmunidad alguna” [Texto Original].

jurisprudência do STF (ADI n.º. 02/DF).

Na ADI n.º. 3.660/MS, o STF teve a oportunidade de declarar a inconstitucionalidade de Lei estadual n.º 3.002/2005 (e leis anteriores revogadas por esta e que versavam sobre a mesma matéria, editadas sob a égide da atual Constituição) que garantia o repasse, às pessoas jurídicas de direito privado vinculadas a órgãos públicos atuantes junto ao Poder Judiciário, de recursos angariados (custas e emolumentos), a título de taxa, pelos serviços notariais, ressaltando, incidentalmente, a não recepção de lei pré-constitucional (Lei n.º. 340/1982) que reproduzia, parcialmente, o conteúdo daquela, pois incompatível com os arts. 5.º, *caput*, 98, § 2.º e 145, inciso II da CF/88.

Tratando-se, entretanto, de norma pré-constitucional que não reproduz o conteúdo de lei revogadora declarada inconstitucional, não há motivo para não restaurar os efeitos daquela, se não for antagônica à Constituição vigente, devendo o intérprete recorrer ao mesmo pressuposto para a confirmação ou não efeito repristinatório em face da norma pós-constitucional revogada.

Na prática, não há diferença qualquer, discordando-se, portanto, do posicionamento do Ministro Alexandre de Moraes, na ADI n.º. 3.111/RJ, ao precipitadamente afirmar que não há efeito repristinatório de normas pré-constitucionais. O que não há é a oportunidade de se declarar a inconstitucionalidade de direito anterior à Constituição, mas efeito restaurador é amplamente admissível e oportuno, principalmente, se a norma revogadora é declarada inconstitucional, fazendo renascer o direito pré-constitucional recepcionado pela ordem vigente.

Situação que impediria a restauração de direito anterior à Constituição seria a hipótese em que a norma pré-constitucional revogadora fosse, posteriormente, revogada pelo advento da nova Constituição, pois, nesse caso, o efeito derogatório desta seria *ex nunc*, não nulificando os atos anteriores à Constituição, inclusive o efeito revogador infligido à norma pré-constitucional revogada. Em última *ratio* e em situação pouco provável, só seria possível falar em repristinação e desde que a Constituição estabelecesse expressamente a possibilidade de restaurar a lei pré-constitucional revogada.

Se não há incompatibilidade material atual (advento da Constituição), a novação da norma anterior é automática, só sendo retirada do ordenamento, por meio de revogação, em três situações: pela superveniência de lei revogadora, por incompatibilidade com eventual Emenda ou pela promulgação de uma nova Constituição. No caso de declaração de

inconstitucionalidade, com efeito *ex tunc*, de lei revogadora ou emenda constitucional superveniente, a restauração da norma é automática.

Em verdade, se não há violação, entende-se que não cabe juízo discricionário por parte do Supremo para negar, total ou parcialmente, o efeito repristinatório, pois a decisão sobre a manutenção da vigência é de caráter exclusivamente legislativa, independentemente da época de criação da norma. Não se nega, entretanto, a possibilidade de aplicação da técnica de modulação para o efeito repristinatório para limitar temporalmente a eficácia da norma, mas esta deverá ocorrer dentro de limites que respeitem os critérios normativos, sob pena de violação da separação de poderes.

2.4.2 Intertemporalidade constitucional e a eficácia das decisões em mandado de injunção

O mandado de injunção reveste-se numa garantia processual constitucional, direcionada a debelar uma omissão inconstitucional do legislador, que impede o gozo de determinadas liberdades fundamentais dependentes de regulação, oferecendo, por intermédio de uma tutela jurisdicional constitutiva, a instrumentalização das liberdades constitucionais. É sabido que um Estado Democrático de Direito é instituído não apenas pela Lei Fundamental, mas, principalmente, pelas normas infraconstitucionais que lhes servem de sustentáculo para a consecução dos compromissos políticos firmados por ocasião da convenção constituinte. Afinal, o estatuto constitucional não pode ter a pretensão de prever e regular todos os institutos jurídicos por ele criados¹³⁵.

Tal garantia não tem natureza mandamental, em razão de que o Judiciário não disporia de uma autorização constitucional para obrigar o legislador a criar leis, o que representaria, *prima facie*, uma contradição àquilo que a Constituição definiu como função típica de cada Poder. Por meio do mandado de injunção, o constituinte não restringiu a atuação da prestação jurisdicional a uma manifestação de apelo ao legislador (decisão meramente declaratória), mas, em verdade, autorizou a satisfação, em forma de regulação, de um direito fundamental, tendo em conta a força normativa das normas constitucionais.

Apesar da demorada evolução da jurisprudência do STF, a doutrina do processo constitucional brasileiro jamais duvidou do alcance desejado pelo constituinte ao criar um

135 VERGONTINI, Giuseppe. **Diritto costituzionale comparato**. 9. ed. Padova: CEDAM, 2013.

mecanismo de tutela de direitos subjetivos, diverso da finalidade da ADI por Omissão, harmonizado ao compromisso instituído no art. 5º, §1º da CF/88, ao definir a eficácia imediata dos direitos fundamentais. Antevendo, portanto, a possibilidade de situações constitucionais imperfeitas, vedando que os interesses legislativos diversos dos propósitos da Constituição se sobreponham, o constituinte autorizou a intervenção judicial, possibilitando a tutela de um direito subjetivo individual ou coletiva pertinente à cidadania, soberania, nacionalidade e demais liberdades constitucionais.

Obviamente, não se pode naturalizar a ideia de que o mandado de injunção representa uma garantia processual como as demais, na medida em que se presta a reparar uma ameaça ou lesão a direito (art. 5º, inciso XXXV da CF/88). Ela transita em terreno pantanoso, pois, em certo ponto, a omissão legislativa pode significar a expressão de retrocesso, como também uma decisão política legítima, possibilitando o aprofundamento de questões polêmicas ainda não amadurecidas no âmago da sociedade.

Além disso, ao contrário das demais garantias que tutelam direitos subjetivos, o mandado de injunção se reveste materialmente em um ato de substituição legislativa parcial, conferindo amplas prerrogativas à jurisdição constitucional e suas sentenças aditivas, sobretudo nas questões pertinentes a tutela coletiva. A decisão em MI, comparativamente às sentenças normativas no processo do trabalho, teria corpo de uma sentença judicial e a alma de uma lei. De qualquer modo, não é ato legislativo, revestindo-se, a sua concessão, numa das principais e simbólicas características da jurisdição, que é atuar em uma situação jurídica concreta, não podendo se eximir do controle jurisdicional por ausência de norma.

Após quase trinta anos sem a regulamentação¹³⁶ do art. 5º, inciso LXXI, o Congresso Nacional editou a Lei nº. 13.300/2016, que disciplina o processo e o julgamento do mandado de injunção individual e coletivo. Esse diploma inovou, pontualmente, em algumas questões sobre o cabimento da impetração, reproduziu o familiar processamento do mandado de segurança para a tutela individual e coletiva e, finalmente, trouxe previsão sobre os efeitos da decisão, mesclando o entendimento do Supremo sobre essa questão. É sobre a adoção parcial da teoria concretista intermediária e a natureza, em regra, permanente da decisão judicial em

136 Muito embora o Supremo entendesse, desde muito, que tal dispositivo possuía eficácia plena, independentemente, de legislação específica para ser manuseado, a regulamentação representa um importante fato para a doutrina do mandado de injunção, descentralizando a discussão, sobre o seu alcance, das decisões do STF, para que novas interpretações possam ser deduzidas a partir do marco regulatório. Até a edição da Lei do MI, aplicava-se, subsidiariamente, a Lei do Mandado de Segurança, o Código de Processo Civil, bem como regras esparsas de processo coletivo.

MI, nesse contexto, que incide a discussão sobre o direito intertemporal constitucional, avaliando a oportunidade da adoção destas opções legislativas.

A primeira questão diz respeito à natureza peculiar da coisa julgada no mandado de injunção. A sentença visa ao preenchimento de lacuna normativa um determinado caso concreto, contornando a inércia legislativa pela definição da forma do exercício do direito subjetivo. A superveniência de lei regulamentadora não tem efeito revocatório sobre a decisão judicial, que estará resguardada pela coisa julgada material (art. 5º, inciso XXXVI da CF/88), salvo se o ato normativo for mais benéfico.

A coisa julgada material proíbe a discussão em outro processo judicial, bem como, em consonância com o princípio da incidência imediata das regras e da garantia individual de irretroatividade de lei prejudicial à coisa julgada, não sendo correto afirmar que a natureza da coisa julgada é, em regra, precária¹³⁷, pois ela só será desconsiderada, para as situações futuras, caso seja mais vantajoso ao impetrante.

Há definitividade, estando a coisa julgada em MI, regularmente constituída, apta a surtir efeitos permanentes, sendo excepcionalmente, precária. Portanto, a lei superveniente terá eficácia *ex nunc*, ressaltando o eventual benefício trazido ao impetrante, situação em que a coisa julgada será atingida pelos possíveis benefícios retroativos daquela. Ressalte-se que o juízo sobre a situação mais benéfica pertence, no silêncio do legislador, ao impetrante, que avaliará, no todo, qual das situações reúne melhores condições para o gozo do direito. Comparativamente à teoria geral do direito do trabalho, no conflito entre decisão e lei, seria pertinente a aplicação da teoria do conglobamento.

Situação discutível, no que diz respeito às lacunas normativas, é a opção legislativa pela adoção desta teoria, em relação aos efeitos do mandado de injunção. Parece que o argumento de preservação da harmonia e independência entre os Poderes não se sustenta em face da premissa da força normativa dos direitos fundamentais, ainda que se tenha garantida a dispensa do tempo razoável ao legislador.

Enquanto, conforme verificado acima, a técnica da inconstitucionalidade progressiva

137 Pode-se falar em precariedade no sentido de que a tendência é a regulamentação legislativa, principalmente, quando se tratar de concessões coletivas com eficácia *ultra partes* ou *erga omnes*, onde a decisão judicial alcança necessariamente um grau de generalidade, mais aproximado a um ato normativo. Nesse sentido, a decisão, por exemplo, no mandado de injunção n.º 708, que determinou a aplicação subsidiária da lei de greve da iniciativa privada (Lei n.º 7.789/89) para suprir a lacuna normativa do exercício do direito de greve pelo servidor público (art. 37, inciso VII da CF/88) perderá, necessariamente, a sua eficácia, independentemente, de ser mais benéfica que a lei superveniente, não podendo ser invocada a coisa julgada, pois é evidente a sua natureza temporária.

visa a manutenção da norma tendente a uma inconstitucionalidade flagrante, objetivando evitar uma lacuna normativa indesejável, a teoria concretista intermediária representa uma chancela da manutenção de uma omissão inconstitucional, prorrogando, por meio de decisão judicial, o tempo de satisfação da prestação jurisdicional.

2.4.3 Intertemporalidade e as emendas constitucionais ocultas

Outra questão relevante, referente aos preceitos de intertemporalidade constitucional, é a que diz respeito às normas transitórias que regulam a aplicação das regras instituídas por meio das emendas constitucionais¹³⁸. Afinal, salvo as mudanças pontuais e/ou de conteúdos simbólicos às normas da Constituição, alterações que pactuam a criação de novos órgãos de Estado, regras que envolvam orçamento, tributação, previdência ou norteadoras de políticas públicas de consecução de direitos, trazem a reboque, no bojo da emenda constitucional, um conjunto de normas voltadas a sua operacionalização, restando saber se estas seriam normas constitucionais transitórias ou mera recomendação procedimental do poder reformador, podendo, inclusive, serem descumpridas.

Conforme revela a prática constitucional, os processos de transição mediada por ordenamentos jurídicos, que se dão por intermédio de emenda à Constituição vigente, representam, apenas, o gatilho iniciador da manifestação do constituinte originário, não sujeitando-o à observância de qualquer procedimento ou regra acessória que, por ventura, a reforma constitucional tenha previsto, pois a potência conferida ao poder originário o credencia à tomada de decisões diferentes sem se desvincular do compromisso com a segurança jurídica e a legitimidade.

No campo da manifestação do poder reformador de 1988, não é incomum a previsão de regras (transitórias ou permanentes), estabelecendo prazos e procedimentos para a formação de órgãos e comissões vocacionadas a proporcionar efetividade à mudança constitucional encetada, sobretudo em grandes reformas, tais como nas Emendas Constitucionais n.º. 19/1998, 45/2004¹³⁹ ou numa emenda que importe na inclusão de um

138 É mais que evidente que as normas transitórias oriundas do poder constituinte diferem das produzidas pelo poder reformador, encontrando, no próprio texto da Constituição, suas condicionantes. Além disso, as normas transitórias derivadas das emendas constitucionais não integram, literalmente, o texto constitucional, apesar de cumprir o mesmo desiderato.

139 A EC n.º. 45/2004 trouxe uma série de artigos, prevendo a instituição de órgãos responsáveis pelo gerenciamento dos desdobramentos advindos das modificações constitucionais, bem como a instalação de comissões mistas no Congresso Nacional para a revisão da legislação processual. Observe-se, ainda, a previsão de regulamentação de algumas situações por Resolução (art. 5º, §2º e art. 6º).

parágrafo da Constituição, mas traga uma forte repercussão orçamentária e estrutural, a exemplo da EC nº 73/2013, objeto de estudo detalhado no último capítulo.

No mesmo sentido, alterações pontuais à Constituição, apesar de trazerem impactos importantes à realidade, não ensejam maiores esforços legislativos técnicos, reduzindo-se, como no caso das Emendas nº. 13/1996, 15/1996, 57/2008, a uma simples previsão de modificação.

Pode-se depreender, pela prática legislativa, que as normas de transição ou acessórias inseridas nos textos das emendas são, igualmente, normas constitucionais, vinculando, positiva ou negativamente, condutas que devem ser observadas, sob pena de violação da Constituição. Em estudo sistemático sobre o processo contínuo de reformas nos 30 (trinta) anos de vigência, Arantes e Couto¹⁴⁰ identificam o fenômeno como uma situação atípica onde não há modificação, supressão ou acréscimo textual à constituição de 1988, operando, paralelamente, num sistema composto por 160 dispositivos, denominando-as de normas paraconstitucionais.

A expressão polissêmica reveste-se no sentido daquelas normas que funcionariam a par ou ao lado do texto da constituição, e que, conforme defendido acima e pelos próprios autores mencionados, seriam normas dotadas de *status* constitucional, podendo, inclusive, sofrer intervenção jurisdicional para combater ato ou omissão que acarreta o descumprimento de suas determinações.

As normas acessórias, contidas nas emendas constitucionais, podem possuir caráter transitório quando estabelecem um lapso temporal para a instrumentalização de uma alteração constitucional e que se exaurem com o atingimento do seu propósito. A EC nº 73/2013, por exemplo, determinou que a instalação dos novos Tribunais Regionais Federais (TRFs) ocorreria 06 (seis) meses, a contar da sua promulgação¹⁴¹. A EC nº. 45/2004, com propósito semelhante, determinou que as instalações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) se dariam, como aconteceu, dentro do prazo de 180 (cento e oitenta) dias.

De outro modo, existem, nesse contexto, normas de transição, desprovidas de natureza

¹⁴⁰ ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. 1988-2018: trinta anos de constitucionalização permanente. In.: MENEZES FILHO, Naercio; SOUZA, André Portela (Org.). **A Carta** – para entender a constituição brasileira. São Paulo: Todavia, 2019, p. 32. “Muitas emendas aprovadas não se limitaram a modificar, retirar ou acrescentar dispositivos, mas passaram a conter artigos autônomos que se situam no corpo da emenda, mas não são agregados formalmente ao texto constitucional. Constituem, portanto, uma espécie de Constituição paralela hoje formada por 159 dispositivos”.

¹⁴¹ A EC nº. 73/2013 está com a sua eficácia suspensa em razão de concessão de liminar na ADI nº. 5.017/DF, que questiona a validade dessa emenda.

precária, que buscam resguardar direitos adquiridos em razão da mudança de regime jurídico encetada pelo poder reformador. Citem-se as reformas constitucionais ao subsistema da previdência social (ECs n.º. 20/98, 41/2003 e 47/2005), importando na garantia de exercício de direitos previdenciários por cumprir, à época da vigência de norma anterior, por exemplo, tempo de serviço exigido para fazer *jus* a determinado benefício.

Ressalta-se que, nem sempre, as regras acessórias terão caráter precário, funcionando, ao contrário, como normas permanentes, vedando condutas dos poderes do Estado, muito embora não estejam inseridos no texto principal da Constituição. É o caso, por exemplo, do art. 3º da EC n.º. 09/1995, que veda a edição de medida provisória sobre versada nos §1º e §2º do art. 177 da CF/88. Não há, portanto, previsão no art. 62 ou no art. 177 a respeito da proibição de edição de MP pelo Chefe do Executivo. No mesmo sentido, a EC n.º. 08/1995, vedando a edição de MP para a regulação do art. 21, inciso XI da CF/88.

Pode-se depreender, pela prática legislativa, que as normas de transição e acessórias inseridas nos textos das emendas são igualmente normas constitucionais, vinculando, positiva ou negativamente, condutas que devem ser observadas, sob pena de violação da Constituição, podendo, inclusive, sofrer intervenção jurisdicional para combater ato ou omissão que acarreta o descumprimento de suas determinações.

Em relação ao controle jurisdicional, tramita no Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADI-O) n.º. 27, ajuizada pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), que questiona a ausência de regulamentação do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas (FUNGET), criado pelo art. 3º da EC n.º. 45/2004: “A lei criará o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, integrado pelas multas decorrentes de condenações trabalhistas e administrativas oriundas da fiscalização do trabalho, além de outras receitas”. Existem três projetos de lei que tramitam desde 2004 (PLs 4.597/2004, 246/2005 e 6.541/2010), mas até o presente momento não há perspectiva de aprovação.

As normas que compõem as ECs, por fim, estão sujeitas à caducidade numa eventual revogação do dispositivo principal e as regras transitórias perdem a eficácia após o cumprimento de sua finalidade, e, tendo ambas, natureza de ato normativo capaz de inovar na ordem jurídica, estão sujeitas ao controle de normas, tanto em relação à tutela subjetiva, quanto à defesa objetiva das normas constitucionais.

Essas normas (acessórias e de transição), da mesma forma que os tratados

internacionais de direitos humanos internalizados (TIDH) pelo procedimento do art. 5º, § 3º da CF/88, não estão contidas no corpo da constituição, mas estão sujeitas às mesmas vicissitudes das normas que aderiram ao texto constitucional. Afirma-se, portanto, que essas normas gravitam ao redor do código constitucional e na condição de bloco de constitucionalidade, nos termos em que, aparentemente, se desenha a conceituação do instituto no direito brasileiro, principalmente, após o novo procedimento de modificação constitucional mencionado.

A relação entre o direito constitucional e a intertemporalidade é bem mais intensa do que aparenta, não sendo, nesse sentido, um fenômeno restrito aos processos de revogação global da ordem jurídica, mas que está constantemente vinculada à aplicabilidade das normas e institutos insertos na Constituição, relacionando-se com os pressupostos de estabilidade e mudança. Soma-se às situações discutidas acima, a análise, em capítulo específico, do ADCT, enquanto elemento central desta tese.

3 A CONCEPÇÃO DO ADCT NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO NO CONTEXTO DA CLASSIFICAÇÃO TEMPORAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

O capítulo anterior possibilitou dimensionar a complexidade da natureza das normas constitucionais e do alcance destas, representando um conjunto normativo que transita entre a aparente dicotomia: estabilidade e mudança. O que se pode perceber, nesse entrelaçamento, é que não há permanência sem mudança e nem mudança sem os necessários elementos estabilizadores para a consecução de uma nova Constituição.

Esse equilíbrio proporciona a vitalidade do ordenamento jurídico na medida em que garante a manutenção da Constituição e, reflexamente, das normas infraconstitucionais que retiram daquele fundamento de validade a coerência indispensável para vincular comportamentos dentro de uma racionalidade jurídico-positiva. Saber lidar com o tempo, portanto, é uma condição que as constituições devem considerar, sob pena de restarem fadadas ao colapso¹⁴².

E as normas constitucionais, de um modo geral, são dotadas de um pressuposto de permanência (rigidez), mas também estão, indissociavelmente, vinculadas à ideia da temporalidade, seja sob uma perspectiva meramente precária (ADCT), de manutenção/evolução do Estado democrático de direito ou decorrente de efeitos característicos dos seus próprios institutos¹⁴³. Objetivando uma análise sobre a relação entre o direito constitucional e os aspectos jurídicos da temporalidade, apresenta-se uma proposta de classificação de suas normas, avaliando que, em menor ou maior grau, estas possuem traços temporais, a depender de sua funcionalidade, que serão evidenciados a seguir.

Ao tratar da classificação das normas jurídicas, Leal¹⁴⁴ aponta a existência de dois

142 HÄBERLE, Peter. **Tiempo y Constitución**. Lima: Palestra, 2017.

143 É possível afirmar, nesse sentido, que a própria constituição traz elementos normativos capazes de propiciar a sua atualização e, conseqüentemente, a almejada durabilidade, tais como: o processo legislativo de modificação (rigidez constitucional), a textura aberta dos seus dispositivos, as normas estabilizadoras que definem comandos intangíveis e as normas transitórias, que estão vocacionadas a mediar os processos de mudança constitucional, seja pela revogação global ou parcial do texto.

144 LEAL, Vitor Nunes. **Classificação das normas jurídicas**. Disponível em: <

grupos normativos: as leis permanentes e as temporárias. De um modo geral, as normas possuem vocação para a vigência indefinida e, portanto, duram enquanto não incidir revogação ou declaração de inconstitucionalidade, salvo, neste último caso, em relação às normas originárias (art. 2º, Decreto-Lei nº 4.657/42).

As normas temporárias, por outro lado, têm por traço distintivo a relação entre a sua motivação e a duração limitada de sua vigência, ou seja, estão vinculadas às situações emergenciais ou de excepcionalidade, cessando a sua incidência pelo esgotamento do prazo previamente estatuído ou pelo término da circunstância motivadora.

Dentro do sistema constitucional também é possível, de modo equivalente e conforme analisado em capítulo anterior, constatar a existência de normas permanentes e transitórias (ADCT) e mais especificamente, nesse contexto de intertemporalidade, de normas constitucionais que se distinguem pela potencialidade de duração, seja porque são tipicamente voltadas ao exaurimento, seja por manifestação do poder reformador, resultando em revogação ou modificação. Não se quer afirmar, ao contrário do que se possa supor, que, em sentido estrito, todas as normas constitucionais são transitórias, mas que, apesar de sua pretensão de duração, a ação transformadora do tempo é capaz de modular ou mesmo de reconstituir a sua estrutura e/ou o seu sentido.

Nesse sentido, as normas constitucionais estariam dispostas em três blocos: a) as normas estabilizadoras do sistema jurídico-político, evidenciando o papel das denominadas “cláusulas pétreas” como normas que contribuem para a evolução do sistema jurídico, não figurando, propriamente, como compromissos inquebrantáveis para as gerações futuras, tendo em conta a relação entre constitucionalismo, democracia e os tratados de direitos humanos; b) normas com ânimo de permanência ou que são suscetíveis a ação erosiva dos processos formais e informais de alteração da Constituição, possuindo a característica de garantir maior plasticidade à vontade de mudança; e c) normas transitórias, objeto de maior meditação, configurando-se como aquelas voltadas a regular alterações constitucionais, com maior ênfase na transição entre ordens constitucionais.

Reputa-se que a classificação das normas da Constituição, pelo critério do conteúdo, é insuficiente, ao passo que é permitido encontrar, nas três espécies acima, a natureza material.

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/8761/7489>>. Acesso em: 14 fev. 2019. Chama a atenção, ainda no contexto de sua proposta de classificação, a diferenciação entre leis temporárias e disposições transitórias, com a qual não se concorda, mas esta análise será feita no tópico específico sobre as normas transitórias.

E pior, não é possível sequer, pelo conteúdo, distinguir uma norma constitucional de uma infraconstitucional, já que é perfeitamente admissível atestar a existência de normas materialmente constitucionais “fora da Constituição” (bloco de constitucionalidade material) ou de diplomas normativos que tratam, especificamente, de um direito ou uma garantia fundamental, reproduzindo o sentido equivalente do seu texto.

Pelo critério formal, por outro lado, é permitido distinguir uma norma da Constituição de outra que não pertence à estrutura codificada daquela, perfazendo-se na ideia de supremacia formal da Constituição enquanto vértice do sistema normativo. De modo contrário, não é possível realizar diferenciação entre as normas da própria Constituição, pois todas elas são dotadas da mesma natureza. Apesar de que seria possível, quanto à origem, distinguir as normas da Constituição como originárias (poder constituinte) e derivadas (poder reformador).

O critério da modificabilidade ou da suscetibilidade à alteração também não é tão seguro quanto se imagina, visto que a mutação constitucional, por exemplo, é capaz de oferecer novas nuances às três espécies, reformulando o alcance de cada uma delas. Sob o aspecto da alteração formal (reforma constitucional), ressalta-se que, até mesmo as cláusulas pétreas, desde que assegurado o seu núcleo essencial, estariam sujeitas à modificação, desde que para ampliar o âmbito de proteção aos direitos fundamentais. Além destas, as próprias normas transitórias típicas, em regra, não estariam sujeitas à modificação, pois nascem destinadas à perda inevitável da vigência.

Resta a temporalidade, que, de certa maneira, está vinculada ao último critério mencionado, mas com ele não se confunde. No início deste trabalho foi mencionado que a norma jurídica está vocacionada a incidir em dois planos: espacial e temporal. Essencialmente, a presente classificação está vinculada à potencialidade temporal da vigência de normas constitucionais, sendo a durabilidade um traço distintivo entre elas. O mais interessante é que todas experimentam, em maior ou menor intensidade, os atributos da rigidez e da temporalidade, sendo dotadas de supremacia inerente às constituições escritas.

Nesse sentido, é possível visualizar uma classificação simplista das normas constitucionais quanto à sua temporalidade: normas constitucionais estabilizadoras do sistema jurídico-político (cláusulas pétreas); normas constitucionais com ânimo de permanência; e normas constitucionais transitórias ou, conforme indicação da CF/88, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

3.1 Normas constitucionais estabilizadoras do sistema jurídico-político (cláusulas de irrevogabilidade)

O primeiro caso se refere às cláusulas pétreas, que se constituem como preceitos vetores e que identificam os propósitos do Estado de Direito, vedando o retrocesso social. Na dicção de Bonavides¹⁴⁵ seriam aquelas normas de 1º grau ou que “[...] circundam direitos, princípios e valores da Constituição, cuja mudança ou supressão fere a essência, a natureza e a razão de ser da própria lei suprema”.

Essas normas seriam representadas taxativamente (art. 60, § 4º da CF/88) ou de maneira implícita. Não é significativa a crítica de um suposto engessamento do sistema jurídico o simples fato da opção da assembleia constituinte de 1988 em definir, de maneira textual, a extensão daquilo que não estaria, em tese, sujeito à modificação. Primeiro, é uma escolha que se justifica historicamente. Segundo, confere-se maior segurança às relações entre poderes constituídos e sociedade. Terceiro, inibe, em certa medida, maiores influxos ativistas ou conservadores pela Suprema Corte, aprisionando numa instância não representativa o sentido das normas constitucionais.

O conteúdo de tais normas não poderia sofrer diminuição, mas, por outro lado, seriam passíveis de modificação para minudenciar o alcance de sua aplicação, seja por meio do procedimento formal (art. 60), seja pelas normas decorrentes do regime jurídico dos direitos fundamentais (art. 5º, § 2º) ou emendas equivalentes (art. 5º, § 3º), pela mutação informal, pela força vivificante da interpretação constitucional ou pela manifestação do Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de controle de constitucionalidade.

O potencial interpretativo das normas constitucionais, como também o extenso rol de direitos e de princípios fundamentais trazidos pela Constituição de 1988, importa afirmar que é pouco provável que o poder reformador seja capaz de criar uma norma de conteúdo materialmente fundamental, que não seja um desdobramento das normas já existentes, podendo, por outro lado, evidenciar o alcance daquelas, explicitando-as.

A não ser que se trate de um fato extraordinário, não se percebe, na história da Constituição vigente, uma ação reformadora inédita capaz de ter criado regras de irrevogabilidade. Seria ainda mais contraditório admitir que o poder responsável pela atualização da Constituição pudesse instituir novas situações obstativas à própria ação e sob

145 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 562.

o risco de ampliar a inflexibilidade, que não sejam decorrentes da vontade originária.

É, de fato, paradoxal aceitar isso, pois ao passo que a sociedade evolui e define novas prioridades e essencialidades inerentes à convivência, teria uma reforma à constituição o poder de alçá-las à condição de cláusulas pétreas? Por mais transgeracional que pretenda ser, a criação normativa é a projeção de uma situação atual para o futuro, restando concluir que o legislador criaria uma limitação a si próprio.

Entretanto, caso se considere a mera discriminação textual sem levar em conta a decorrência, seria possível afirmar que o poder reformador criou cláusulas pétreas, tais como: art. 5º, inciso LXXVIII (razoável duração do processo) e §3º (EC nº 45/2004), art. 6º (inclusão das expressões “moradia”, “alimentação” e “transporte”, respectivamente, pelas EC nº 26/2000, 64/2010 e 90/2015), art. 37, *caput* (inclusão da expressão “eficiência” pela EC nº 19/98), art. 134, § 4º (inserção dos princípios institucionais da Defensoria Pública), além dos tratados internacionais de direitos humanos, internalizado pelo art. 5º, §3º¹⁴⁶.

A ideia de paralisação temporal da constituição ou de engessamento associa-se a variantes que se projetam para além do texto constitucional e que são imprescindíveis para o desenvolvimento da teorização do constitucionalismo. Não é à toa que as cláusulas pétreas tensionam o sempre atual debate sobre constitucionalismo e democracia.

Nesse sentido, é questionável a decisão política do poder constituinte originário ao estabelecer pactos normativos irrevogáveis (escritos ou não) pelo poder reformador, que, não necessariamente, importariam em retrocesso ou violação aos direitos da pessoa, mas no aprisionamento de uma vontade de mudança, tais como: forma de Estado, forma e sistema de governo, regras de política econômica, tributária, previdenciária etc.

Em vez de garantir continuidade, significaria um fator de incentivo ao esvaziamento normativo, sendo o absolutismo das cláusulas de irrevogabilidade, centradas no propósito de estabilidade da constituição, um obstáculo à capacidade de mudança e a consequente perda de sentido existencial.

146 Além das emendas constitucionais citadas, existem várias propostas de ampliação do rol de direitos fundamentais, indicando a tendência legislativa de textualização destas normas e a capacidade inesgotável da criativa dos congressistas. Nesse sentido, pode-se citar: a PEC nº 25/2019 (institui a legítima defesa como direito fundamental), a PEC nº 452/2018 (estabelece a liberdade de cátedra como um direito fundamental) a PEC nº 93/2015 (inclui o saneamento básico como direito social), a PEC nº 185/2015 (altera o art. 5º para alçar a categoria de direito fundamental o acesso universal à internet), a PEC nº 85/2015 (inclui a acessibilidade e a mobilidade urbana como direitos sociais), a PEC nº 164/2012 (altera o art. 5º para considerar a inviolabilidade à vida desde a concepção).

O certo é que elas existem por um propósito e sustentam essa qualidade numa vontade soberana, ou seja, não há autossuficiência destas em relação à realidade social e, por mais que não se possa concordar, essa força tende a oscilar de acordo com a estabilidade, a efetividade da política constitucional ou diante de uma vontade de mudança sem ruptura¹⁴⁷.

Por isso, não se pode afirmar a irrevogabilidade absoluta das cláusulas pétreas, pois o tempo social se encarrega de graduar ou mesmo aniquilar a sua força obstativa. É justificável, por outro lado, que as normas fundamentais, notadamente aquelas perpassadas pela noção contemporânea de dignidade, estejam imunes à ação legislativa ilegítimas.

O risco, por outro lado, de afirmar a relativização (ou a ordinariedade) das cláusulas pétreas em momentos de oscilação depressiva da democracia¹⁴⁸, ao menos da história recente do constitucionalismo brasileiro, resultou no desrespeito às instituições e a suspensão das liberdades individuais, tendo em conta o argumento de existir um poder constituinte incessante, que não se respaldava na vontade popular, mas em um projeto político de perpetuação no poder, legitimando-se, nos termos do preâmbulo do AI-2, em si mesmo.

Faria¹⁴⁹, orientado pela experiência portuguesa sobre as cláusulas pétreas, ao enfrentar o paradoxo entre rigidez e mudança, sugere, sem pretensões de resolver a questão, a formatação de um poder constituinte evolutivo, justificado pelo imperativo de a constituição acompanhar a dinâmica das relações socioeconômicas, dando a liberdade necessária ao poder reformador para suavizar tais normas¹⁵⁰.

A violação não ocorre apenas com a supressão textual dessas normas, mas também

147 LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1979, p. 218. “As constituições não são alteradas, tão apenas, através das emendas constitucionais formais, mas que estão submetidas, talvez em maior grau, às metamorfoses imperceptíveis a que sofre toda e qualquer norma por efeito do ambiente político e dos costumes”.

148 CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Trad. Joana Angélica d’Ávila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. Castells, sobre a crise das democracias liberais contemporâneas, menciona a tendência dos governos em instituir a “política do medo”, justificando suas ações em face do colapso ou da restrição das liberdades, tornando a exceção uma regra permanente.

149 FARIA, José Eduardo. **Entre a rigidez e a mudança: a Constituição no tempo**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 2, jul./dez. – 2003. Citando Vital Moreira (2003, p. 273), José Eduardo Faria entende que a soberba constituinte, em achar que tudo poderia, teve como reação a mudança: “A imodéstia constituinte dificilmente fica impune e o poder constituinte evolutivo acaba por ser a sanção da imodéstia e da arrogância do poder constituinte, quando ele não é capaz de ousar acima da conjuntura de sua própria época”.

150 Nesse contexto de dinamismo social e atualidade normativa, percebe-se, por exemplo, que o art. 7º da CF/88, considerado intangível, é um sério candidato, tal como a lei civil, a tornar-se obsoleto. Não se faz referência à oportunidade de suprimir direitos básicos inerentes à relação de emprego, mas à tecnologia dos aplicativos de serviços que, sob a ótica dos direitos sociais da constituição e da atual legislação trabalhista, tendem, não apenas, à sobreposição da automação em face do trabalho humano, mas à própria precarização dessas relações e a diminuição da proteção social prometida na Constituição.

reflexamente, pela promulgação de leis¹⁵¹ e emendas constitucionais que, de forma indireta, reduzem o alcance normativo, usurpam competências e comprometem o núcleo essencial de normas imprescindíveis, originariamente, definidas pelo legislador constituinte, conforme será analisado no penúltimo capítulo.

A técnica de modificação do ADCT, adotada pelo poder reformador, dá mostras de como é possível restringir normas fundamentais sem a declaração formal do estado de exceção ou mesmo sem tocar no texto das cláusulas de irrevogabilidade, demonstrando, em determinadas situações, a incapacidade da constituição de orientar as decisões políticas dos poderes constituídos.

3.1.1 Cláusulas de abertura do sistema e as normas constitucionais equivalentes: o bloco de constitucionalidade brasileiro.

No bojo do que se pode considerar como cláusula pétrea, entendem-se ser dotados do mesmo grau normativo os tratados e as convenções de direitos humanos, não sendo novidade nenhuma asseverar que tudo aquilo que adere ao texto da Constituição com a finalidade de promover a dignidade humana (art. 5º, § 2º da CF/88)¹⁵², apresenta-se inegavelmente como a plena manifestação de uma vontade democrática legítima e que, portanto, escapa do legislador reformador o pretense direito de supressão, que, pelo contrário, tem por dever explorar a efetividade desta ampliação.

Bonavides¹⁵³, no trato das garantias constitucionais de natureza processual, indica, a par de três outras regras (art. 102, §1º, art. 5º, XXXV e § 1º, CF/88), a importância do art. 5º, § 2º enquanto regra de máxima amplitude, voltada à consolidação do Estado de Direito, pois

151 Nesse sentido, menciona-se o processo de intensificação da precarização das relações de trabalho empreendida pela reforma da CLT (Lei nº. 13.467/2017), que, apesar de não ter importado em modificação do texto constitucional, importou na procrastinação de direitos sociais vitais, sob a justificativa de garantir emprego ao custo da dignidade do trabalhador (contrato de trabalho intermitente, por exemplo). Na pertinente expressão de Jorge Luiz Souto Maior, o trabalhador intermitente é um desempregado permanente, em razão das limitações a direitos básicos. MAIOR, Jorge Luiz Souto. **É preciso enfrentar os argumentos a favor do retrocesso da condição humana**. <<https://www.conjur.com.br/2018-set-18/souto-maior-preciso-enfrentar-retrocesso-condicao-humana>>. Acesso em: 22. out. 2018. Nesse sentido, do que vale tais direitos sociais serem declarados cláusulas pétreas se a própria legislação que os regulamenta desmente a sua essência destes na prática? Trata-se de um debate, portanto, vai além da inalterabilidade do texto ou do comportamento da jurisdição constitucional.

152 Consideramos acertado o posicionamento de Cançado Trindade e Flávia Piovesan sobre a natureza constitucional dos TIDH, que, nesse sentido, integrariam o bloco de constitucionalidade. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Vol. I. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

153 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

permite a atualidade do texto constitucional sem comprometer a sua estabilidade na medida em que expande, no direito interno, o leque de proteção às novas demandas e o reconhecimento de situações jurídicas.

A formulação gradativa de um sistema integrado de promoção dos direitos humanos no pós-guerra importou, segundo Mac-Gregor¹⁵⁴, numa situação inicial de consolidação, verificando-se, num segundo momento, um processo de constitucionalização do direito internacional pela reprodução de normas internacionais à ordem interna. O constitucionalismo imprimido pelo CF/88 potencializou esse movimento, fazendo com que legislador (originário e reformador), tribunais e doutrinadores se debruçassem sobre os impactos deste sincretismo nomogenético.

O art. 5º, § 3º da CF/88 segue a mesma pretensão ao instituir uma categoria normativa equivalente à Constituição, reforçando o compromisso do Estado brasileiro com os direitos humanos para considerá-los como fundamentais e irrevogáveis. Registre-se que a questão da recepção dos Tratados Internacionais Direitos Humanos (TIDH) já foi objeto de análise no capítulo anterior.

3.1.2 Considerações gerais sobre a inclusão do art. 5º, §3º da CF/88

A Constituição de 1988 trouxe, em sua estrutura originária, a previsão de abertura normativa pelos diplomas internacionais ao admitir a incorporação de outros direitos equivalentes àqueles insertos no rol do art. 5º, que não foram criados pela técnica legislativa do poder constituinte (originário ou derivado), mas que foram consentidos, tanto pela mencionada cláusula quanto pelo processo formal de internalização. Surgiram, nesse contexto, construções teóricas sobre a natureza jurídica e o *status* normativo dos tratados de direitos humanos para considerá-los como normas de igual ou superior importância¹⁵⁵, não apenas sob

154 MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **El control difuso de convencionalidade**. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/9.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2018.

155 Nesse sentido, Celso Albuquerque de Mello defendia a supraconstitucionalidade dos TIDH, ou seja, normas que estariam acima da Constituição. Ver em: MELLO, Celso Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; BIDART CAMPOS, Germán J.. **Teoría general de los derechos humanos**. Buenos Aires: Astrea, 1991 p. 353. “Si para nuestro tema atendemos al derecho internacional de los derechos humanos (tratados, pactos, convenciones, etc., con un plexo global, o con normativa sobre un fragmento o parcialidad) decimos que en tal supuesto el derecho internacional contractual está por encima de la Constitución. Si lo que queremos es optimizar los derechos humanos, y si conciliarlo con tal propósito interpretamos que las vertientes del constitucionalismo moderno y del social se han enrolado – cada una en su situación histórica — en líneas de derecho interno inspiradas en un ideal análogo, que ahora se ve acompañado internacionalmente, nada tenemos que objetar (de lege ferenda) a la ubicación prioritaria del derecho internacional de los derechos humanos respecto de la

o aspecto referencial de interpretação das normas internas, mas, propriamente, de aplicação e confrontação no plano da validade.

A EC n.º. 45 de 2004, que incluiu o § 3º no rol do art. 5º, reacendeu a discussão sobre a natureza jurídica da internalização destes tratados, primordialmente, por traçar um novo procedimento legislativo, que os tornam equivalentes à norma constitucional¹⁵⁶. Afirma-se que essa emenda encerra um novo processo de alteração formal, além daquele previsto no art. 60, ou seja, considera-se a possibilidade de duas maneiras de modificação da Constituição de 1988, o que já aconteceu, ainda que excepcional e incidentalmente, quando da vigência da revisão constitucional (art. 3º do ADCT).

Isso não representaria ameaça à rigidez na medida em que agrega à força normativa da constituição, descortinando princípios implícitos ou simplesmente desdobrando novos significados para a aplicação de direitos já consagrados na própria Constituição¹⁵⁷. Nesse sentido, o que se pode afirmar, de forma concisa, é que um novo processo legislativo de alteração da Constituição cria, altera ou suprime, por óbvio, norma constitucional. Mas que tipo de norma constitucional?

Na oportunidade, o STF (Recursos Extraordinários n.º. 349.703 e 466.343), majoritariamente, entendeu que os tratados de direitos humanos, em processo de internalização, que não forem aprovados com o quórum mínimo exigido pelo art. 5º, § 3º, bem como os integrados ao ordenamento em lapso temporal anterior à promulgação da EC n.º 45/2004, terão *status* de norma supralegal, estando estas imediatamente abaixo da Constituição Federal, mas acima das demais leis infraconstitucionais.

Essa decisão representou um avanço na jurisprudência do STF, que, até então, equiparava, indistintamente, os tratados internacionais à lei ordinária (ADI n.º 1.480)¹⁵⁸, descortinando uma nova categoria normativa que gravitaria entre a Constituição e às leis infraconstitucionais, o que tecnicamente já representaria uma contradição.

Constitución” [Texto original].

156 Entende-se, ao contrário do que foi sedimentado pelo STF, que os tratados internacionais de direitos humanos que não foram internalizados pelo procedimento do art. 5º, §3º, são normas materialmente constitucionais, pertencendo ao que se convencionou denominar de bloco de constitucionalidade.

157 Poderíamos citar, respectivamente, a alteração constitucional que inseriu o princípio da razoável duração do processo (EC n.º. 45/2004) e, de modo especulativo, muito embora seja uma tendência pelos avanços da neurociência, o surgimento de um direito humano à neurodiversidade, enquanto um fator de autodeterminação da pessoa humana e que seria um desdobramento da isonomia.

158 Posição que se mantém em relação aos tratados que não possuam conteúdo de direitos humanos (*status* de lei ordinária).

A suprallegalidade¹⁵⁹, segundo o posicionamento majoritário no julgamento paradigma do STF, exerceria influência paralisante sobre a norma infraconstitucional que, apesar de estar de acordo com a Constituição, violaria o tratado internacional, tendo em conta a aplicação da norma mais vantajosa à pessoa humana. Defende-se, em verdade, que o controle se realiza no plano da validade, onde a lei superior anula a aplicação da lei inferior, ou seja, a norma supralegal teria valor superior à norma infraconstitucional, o que resultaria na aplicação do clássico método hierárquico de resolução de conflito entre regras.

A eficácia paralisante do TIDH supralegal, parcial ou totalmente, seria exercida indiretamente sobre a norma constitucional, pois não há sustentabilidade teórica ou prática para se admitir a manutenção da vigência de uma norma, tendo outra, de maior valor, prescrevendo um comando contrário, bem como seria questionável que, na confrontação entre norma constitucional violadora de direitos humanos e TIDH supralegal, acarretasse a invalidação ou revogação¹⁶⁰. Os demais TIDH, à luz da interpretação do STF, aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º, seriam normas constitucionais equivalentes.

Mazzuoli¹⁶¹ defende, em relação à natureza dos tratados internacionais, três categorias normativas: a) a **suprallegalidade**, em relação àqueles tratados internacionais ordinários e que foram internalizados pelo procedimento comum da constituição; b) a **norma equivalente à**

159 Pode-se citar, como norma supralegal, no direito brasileiro: Decreto nº 4.377/2002 (Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher); Decreto nº 99.710/1990 (Convenção sobre os Direitos da Criança); Decreto nº 591/1992 (Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais); Decreto nº 592/1992 (Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos), por exemplo. Observa-se que o grau de importância dos respectivos diplomas, haja vista a potencialização das normas constitucionais, inserem-nos no bloco de constitucionalidade.

160 Avaliando os impactos práticos advindos da natureza jurídica dos TIDH, Ingo Sarlet coloca em discussão, rememorando o impasse entre o Pacto de São José da Costa Rica e a previsão constitucional de prisão do depositário infiel, a potencialidade de um conflito normativo entre a emenda constitucional equivalente (ou mesmo das normas infraconstitucionais com *status* material, se levar em conta a tese de materialidade constitucional de TIDH não internalizados pela fiel observância dos requisitos do art. 5º, § 3º) e as normas da constituição, já que se admite, de forma consolidada, a plausibilidade de controle jurisdicional de emendas. Desse questionamento, identificam-se duas situações, partindo do pressuposto de que os TIDH têm, ainda que equivalente, natureza formal de emenda constitucional: a) se o conflito se operar em face de emenda e/ou norma originária que não sejam cláusulas pétreas, ocorre revogação, seguindo a premissa de que a norma posterior revoga a anterior ou simplesmente recorreríamos a ideia de eficácia paralisante em face do dispositivo constitucional interno, visto que, em regra, a internalização não têm operado mudança textual; b) o problema se torna complexo, segundo a própria análise de Sarlet, se o conflito ocorre entre a norma equivalente e a cláusula pétrea da constituição, pois não se pode descartar a possibilidade desta ocorrência. Esse fato levaria a duas soluções possíveis: a necessidade de juízo prévio pelo Presidente da República, avaliando a pertinência da ratificação para concluir se a internalização importaria em compatibilidade ou em supressão do núcleo essencial da opção constituinte, tendo por fundamento a aplicação da norma mais vantajosa à pessoa, o que importaria na reformulação da teoria constitucional sobre a intangibilidade da cláusula pétrea ou, ainda, a declaração de inconstitucionalidade do decreto legislativo, que internalizou o TIDH com força de emenda constitucional e consequente denúncia pelo poder constitucional competente.

161 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

emenda constitucional para os TIDH internalizados pela forma do art. 5º, § 3º; c) a **norma materialmente constitucional** para aqueles TIDH que não foram aprovados pelo quórum excepcional instituído pela EC nº 45/2004 (art. 5º, § 3º).

Enquanto o primeiro realiza o controle da pertinência legislativa em relação às normas infraconstitucionais; os outros dois exerceriam, o que se denominou pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o controle de convencionalidade¹⁶² (difuso e concentrado)¹⁶³, o que, objetivamente, é equiparável com o controle de constitucionalidade, na medida em que, apesar da norma não ter sido produzida pelo poder constituinte, ela é consentida para valer, na expressão respectivamente do legislador reformador e do STF, com *status* equivalente ou supralegal.

Ao contrário do que foi sedimentado pelo Supremo, entende-se que pouco importa o quórum de admissão para se verificar a categoria, mas sim a própria essência (direitos humanos) do diploma internalizado, pois o art. 5º, § 2º consagra o seu *status* de norma materialmente constitucional, integrando-se à proposta teórica de um bloco de constitucionalidade à brasileira capaz de, na prática, servir ao controle de político e jurisdicional incidental aos poderes encarregados de guardar a Constituição¹⁶⁴.

Esse reconhecimento não teria natureza formal, pois, na pertinente interpretação de Lafer¹⁶⁵, representaria a possibilidade de modificação da constituição, valendo-se de quórum

162 Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Tibi vs Ecuador*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2018. A expressão foi pela primeira vez utilizada pelo Ministro-presidente Sergio García Ramírez na situação em que se alegava malferimento de direitos humanos praticado pelo Estado do Equador em face de Daniel David Tibi.

163 MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **El control difuso de convencionalidade**. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/9.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2018. Valendo-se da classificação tradicional quanto à manifestação da tutela jurisdicional do controle de normas, Mac-Gregor, no contexto do controle de convencionalidade, identifica duas grandes frentes: o controle de concentrado, exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e o controle difuso, realizado pelos juízes na ordem jurídica interna. No âmbito do sistema regional, a Corte Interamericana exerce a jurisdição contenciosa com o objetivo de verificar a compatibilidade entre o suposto ato violador e o Pacto de São José da Costa Rica e os seus respectivos protocolos, impondo condenações aos Estados nacionais. No contexto do controle de normas do Estado brasileiro, o controle de convencionalidade também se realiza na forma concentrada e difusa.

164 Não se pode negar, entretanto, que a questão sobre o conjunto de normas que poderiam formar o bloco de constitucionalidade brasileiro, diverso da matriz francesa, não deixa de ser de difícil demarcação. De plano, o que concretamente, poderia configurar bloco de constitucionalidade seriam: as normas da constituição escrita, suas emendas constitucionais e os tratados internacionais de direitos humanos internalizados pelo rito do art. 5º, § 3º e, potencialmente e com as devidas restrições, os demais tratados de direitos humanos. É complicado, à luz da supremacia formal e da segurança jurídica, identificar, com *status* de dignidade constitucional, leis infraconstitucionais pela sua importância material, principalmente, porque esta decisão caberia à jurisdição constitucional, restando uma competência oculta de conceder *status* diverso da vontade do legislador.

165 LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005, p. 16-18. “O § 2º do art. 5º suscitou controvérsias, pois arguiu-se que, a ser aplicado literalmente, ensejaria mudança constitucional por maioria simples, que é a maioria requerida para a aprovação de decreto legislativo que recepiona um tratado na ordem jurídica interna. Destarte, não se

de maioria simples. Nesse sentido, pelo fato de aderir apenas materialmente à constituição, não estaria sujeito às limitações (formais) procedimentais ou circunstanciais do art. 60, pois, se assim fosse, no estado de defesa, sítio ou de intervenção federal, não seria possível alterar diplomas infraconstitucionais diretamente vinculados à essencialidade das normas fundamentais da constituição, o que seria algo faticamente inviável.

Já em relação à observância do procedimento formal do art. 5º, § 3º, principalmente, no que tange ao quórum, tem-se uma norma formal e materialmente constitucional, apesar do próprio texto da norma informar a mera equivalência à emenda, pois não trata de procedimentos idênticos¹⁶⁶, muito embora equiparáveis em relação à complexidade e à rigidez para sua aprovação.

Em que pese a boa vontade do poder reformador, esse dispositivo deveria ter sido melhor formulado, tendo em conta que a redação do art. 5º, § 2º, já contemplaria a natureza equivalente à norma constitucional dos TIDH, sendo a decisão do STF uma tentativa equivocada de solucionar uma controvérsia, que acabou por fragmentar a hierarquia normativa e rebaixar a importância de TIDH emblemáticos no que tange à consagração dos direitos.

Se se trata de norma equivalente à emenda constitucional, o rito do art. 5º, § 3º representaria uma manifestação simbólica de assimilação dos TIDH, restando considerá-la, junto às normas supralegais, como parte integrante do bloco de constitucionalidade, aderindo ao conceito de norma da constituição, ainda que não estejam, textualmente, no seu corpo figurando como uma alteração¹⁶⁷.

Mazzuoli¹⁶⁸ emprega uma utilidade prática àquelas normas constitucionais ao asseverar o cabimento de controle concentrado, tendo em conta a sua natureza distintiva de integração ao ordenamento interno. E estas servem, não apenas, ao controle de constitucionalidade, mas, prioritariamente, à orientação do Legislador na criação das leis

cumprindo os requisitos da votação da emenda constitucional (CF, art. 60, § 2º), os tratados internacionais de direitos humanos não poderiam ter a validade de normas constitucionais”.

166 Ao contrário do que imaginar, a internalização dos tratados internacionais de direitos humanos não dispensa a iniciativa exclusiva, por meio da ratificação, do Presidente da República, diferenciando-se do rol previsto no art. 60, inciso I da CF/88. Ademais, a postura atual do Estado brasileiro, na assimilação dos tratados de Nova York e Marraqueche, tem sido em se reportar à instauração nos termos do art. 84, inciso VIII (e art. 49, I), para, em seguida, proceder à votação especial do art. 5º, § 3º e, por fim, encaminhar para a promulgação do Presidente da República.

167 De fato, isso não se apresenta como um problema para a teoria constitucional, tendo em conta a dimensão de abertura da Constituição para considerar norma, não apenas, o comando expressado pelo texto, mas também os princípios que decorrem dela e os tratados internacionais de direitos humanos.

168 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

específicas e ao Executivo na definição de políticas de realização das normas de direitos humanos com *status* formalmente constitucionais. Esse desejo de realização foi, de maneira objetiva, observado com o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Convenção de Nova York) e o Decreto para Facilitar Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas (Tratado de Marraqueche), que tratam da busca pela isonomia.

Entende-se, portanto, que os TIDH, independentemente, do quórum de aprovação pertencem ao bloco de normas constitucionais não escritas, ou seja, não apenas as que derivam dos costumes ou que são reveladas pela interpretação jurisdicional, mas também aquelas que decorrem da incorporação pelos canais de ampliação da proteção à pessoa (norma equivalente e supralegal¹⁶⁹) e as normas acessórias das ECs¹⁷⁰.

Apesar do conteúdo material de norma constitucional dos TIDH é, no mínimo, controvertido admitir a dimensão de rigidez aos TIDH internalizados pelo procedimento do art. 5º, § 3º, quando se levantam os seguintes questionamentos e as respectivas respostas que espelham o posicionamento sobre a questão:

1) trata-se, realmente, de norma formal da constituição, já que não possui o mesmo rito? Por entender que o legislador criou uma nova modalidade de modificação equivalente ao estabelecido no art. 59, I da CF/88 e que, inclusive, apresenta-se tão ou mais complexo que o rito do art. 60, representa um procedimento que não altera o texto da constituição, mas que criam normas que aderem e dão sentido ao sistema de proteção dos direitos da pessoa na ordem jurídica interna, por isso, não se observa flexibilização e, conseqüentemente, usurpação da função constituinte originária.

2) se for norma formal, o seu advento representaria uma mudança constitucional? Apesar de se tratar de emenda constitucional atípica (que não se propõe acréscimo ou supressão do texto da CF/88), não prejudicaria considerá-la como norma equivalente à EC,

169 Apesar de entender que essas normas compõem o bloco de constitucionalidade, afinando-se aos propósitos do texto constitucional, considera-se inviável conceber a oportunidade de controle concentrado, tendo por paradigma normativo as normas supraleais, pois são normas carecedoras de supremacia formal, princípio informador da sistemática de controle de normas. Nesse caso, poderiam exercer o controle de constitucionalidade/convenionalidade na modalidade difusa em relação à legislação infraconstitucional. Nesse sentido, ver: MAZZUOLI, Valério. **Podem os Tratados de Direitos Humanos Não “Equivalentes” às Emendas Constitucionais Servir de Paradigma ao Controle Concentrado de Convenionalidade?** Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2741/pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

170 LIMA, Francisco Gerson Marques de. Bloco de Constitucionalidade: os sistemas francês e espanhol. **Revista opinião jurídica**, n. 3, ano II. Fortaleza, 2004. Nesse sentido, Gerson Marques de Lima entende que as normas das emendas constitucionais que não alteram o texto escrito da constituição, estariam circunscritas no âmbito do bloco de constitucionalidade.

pois esta, nos termos afirmado acima, adere ao ordenamento constitucional. O fato de estar fora da “Constituição formal” não seria um problema, sequer, técnico, pois as próprias normas acessórias (transitórias ou de transição) das ECs possuem o mesmo valor normativo, ainda que não ensejem mudança textual da constituição. Apesar de representar uma mudança, não há necessidade de se observar limitações circunstanciais (art. 60, § 1º da CF/88), pois ainda que seja um procedimento equivalente, não viola a essencialidade da vedação, muito menos a estabilidade do Estado de Direito.

3) A sua modificação deveria ocorrer por meio de emenda constitucional? A modificação, por homenagem à simetria, deve ocorrer pelo mesmo procedimento de criação, pois não é crível admitir que uma norma instituída por um determinado rito (art. 5º, § 3º da CF/88) possa ser alterada por outra de rito diverso. Entende-se, porém, que seria difícil imaginar a supressão ou sequer modificação pelo legislador interno, pouco importando a sua denúncia, pois já está incorporado enquanto norma formal da constituição, ainda que de natureza equivalente, gerando, a incompatibilidade, uma inconstitucionalidade ou inconveniência.

Nesse sentido, o Decreto nº 6.949/2009 (Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo) e o Decreto nº. 9.522/2018 (Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso) seriam cláusulas que se agregariam ao rol de intangibilidade.

Estas normas, pela natureza constitucional decorrente do art. 5º, exerceria o mesmo papel de centralidade em relação aos intérpretes da constituição, devendo observância legislativa, ações positivas por meio de políticas públicas e o controle jurisdicional pelo sistema de garantias processuais que tutelam direitos e interesses subjetivos dos cidadãos e a própria constituição (controle de constitucionalidade e de conveniência).

Interessante ressaltar que esse efeito paralisante sobre a ação legislativa asseverada aos decretos mencionados e a qualidade de norma formalmente constitucional, não alcançam suas respectivas regulamentações, representando legislação ordinária sobre a qual o Congresso Nacional possui ingerência, respeitados a CF/88 e o seu bloco de constitucionalidade. O Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) não é norma constitucional ou supralegal, até porque possui uma estrutura normativa que se diferencia da textura aberta da própria CIDPD

e com ações que se voltam concretamente para realização de direitos peculiares¹⁷¹. Tal entendimento representaria o inflacionamento e, principalmente, a confusão entre direitos fundamentais e demais normas encarregadas do fortalecimento de sua efetividade.

Os TIDH internalizados pelo art. 5º, § 3º, diante da exploração realizada acerca de sua natureza jurídica, não são apenas normas constitucionais formais, mas compõem, ao menos em sua essência, o núcleo irrevogável da CF/88, não comportando, portanto, supressão, mas admitindo, nos termos da legislação infraconstitucional, a extensão dos seus canais emancipatórios¹⁷². Confirma-se, no contexto das garantias constitucionais de abertura do sistema, que as cláusulas pétreas não são fechadas ou estáticas, mas, permanentemente, sujeitas à ampliação ou ressignificações.

A assimilação da força normativa dos TIDH traz repercussões, sobretudo, no agir legislativo e na atuação repressiva pelo controle jurisdicional, agregando ao critério da validade a observância destes diplomas (convencionalidade) para o fim de tutela dos direitos da pessoa, conforme expressado no art. 4º da CF/88. Representa um importante avanço na proteção dos direitos humanos e instiga a releitura do princípio da supremacia da Constituição em relação ao sistema de garantias processuais de tutela objetiva das normas constitucionais. A clássica expressão, cunhada por Hamilton¹⁷³, de que “nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido” ganha novas nuances para considerar, também, o controle sobre atos contrários aos tratados internacionais de direitos humanos.

3.2 Normas constitucionais com ânimo de permanência

A estabilidade, no sentido de manutenção ou permanência, é um atributo inarredável das constituições rígidas, pois este oportuniza, normativamente, ao projeto democrático-constitucional, mobilidade graduada, necessária a uma implementação sem irrupções, quebra da normalidade ou da substancialidade da vontade constituinte.

O texto da Constituição de 1988 é bastante extenso, em comparação com as anteriores,

171 Entende-se, nesse sentido, que as medidas necessárias a forçar o cumprimento das obrigações instituídas na presente convenção, deverão ter como paradigma normativa a própria convenção.

172 Por possuir natureza híbrida de norma constitucional e tratado internacional de direitos humanos, poder-se-ia questionar se seriam passíveis de revogação por uma nova constituição ou, em caso contrário, se seria preservada a sua natureza de norma constitucional em razão de sua compatibilidade formal e material com a normatividade vigente.

173 HALMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista (Um comentário à Constituição americana)**. Tradução de Reggy Zacconi de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959.

compactando um amplo repertório de matérias, às vezes de forma exaustiva e que, em certa medida, compromete esta mudança gradativa ou mesmo o papel criativo da jurisdição constitucional. Não se quer afirmar, com isso, que o excesso de normas numa constituição seja um óbice à governabilidade ou capaz de comprometer negativamente as ações do Estado, mas que é natural a recorrência de reformas quando se tem um texto constitucional que prima pelo acúmulo de temas que poderiam compor o repertório da legislação infraconstitucional sem nenhum comprometimento ao Estado de Direito.

A desconfiança com o regime militar, o desejo de consolidar a abertura democrática e diante da grave instabilidade política e econômica vivenciada na década de 80, os constituintes brasileiros, entre conservadores e progressistas, não conseguiram resolver todos os dissensos referentes ao conteúdo da constituição. E isso, por um lado, não representaria algo negativo, pelo contrário, foi preferível optar pela elaboração em um congresso constituinte marcado pela diversidade, do que assimilar um anteprojeto de constituição alheio às aspirações da sociedade.

Ao mesmo tempo, essa confrontação refletiria, como demonstrado pela história constitucional atual, em amplas e sucessivas reformas. Tanto é que, ao superar mais de três décadas de vigência, “comemora-se” uma outra constituição, remodelada pela ação do poder reformador.

Isso pode ser elencado como uma justificativa para o exagerado número de modificações (101 ECs, atualmente) e propostas de emendas constitucionais que tramitam no Congresso Nacional, mas certamente não é a única, conforme será demonstrado no capítulo seguinte desta tese. A proposta de classificação temporal quer demonstrar que se as próprias cláusulas pétreas estão abertas à mudança pela ação interpretativa, reformadora, como também pela influência dos tratados internacionais, as normas com ânimo de permanência estão, ainda mais, sujeitas às mudanças, possuindo, tão apenas, ânimo de duração.

Afinal, não é factível a pretensão de durabilidade pela inflexão, podendo a sociedade adequar o texto constitucional de acordo com a deliberação consensual, modificando-o expressa ou implicitamente. Uma constituição que não se sujeita à mudança, sequer poderia, dentro de uma proposta democrática de manifestação, ser denominada como tal, mas como mera simulação destinada a legitimar o poder.

Estas normas estão voltadas a possibilitar o cumprimento do projeto constitucional e, salvo manifestação do poder reformador, serem mantidas até a revogação por outra

Constituição. Tais normas originárias podem ser objeto de modificação pelo rito do art. 60 da CF/88, como também, pela ação do próprio Congresso Nacional podem ser criadas e, posteriormente, suprimidas ou modificadas pelas mesmas razões já mencionadas. Afinal, nenhuma constituição pode ter a pretensão de ser eterna e muito menos imodificável, do contrário, nem poderia ser denominada de constituição.

A necessidade de reordenar as políticas de Estado, em razão de demandas pontuais ou de prognósticos preocupantes, atende ao pressuposto de que as normas constitucionais não podem condenar as gerações futuras a um modelo de governabilidade defasado e incapaz de equacionar crises do sistema político, social, fiscal e ambiental, por exemplo. De outro lado, a atualização de suas normas está vocacionada a propósitos materiais (históricos) que transcendem a mera ideia de constituição como instrumento de governo ou condescendente a plataformas de governo que discrepam de sua essência fundamental¹⁷⁴.

Há, portanto, a característica de ductilidade destas normas, detendo relevância no contexto de mudança e estabilidade do sistema normativo e na realização dos fins da constituição. Importante afirmar que o seu *status* mutável não importa em considerá-las como uma categoria inferior, importando na legitimação de ações legislativas que comprometam o sentido da constituição, pois que estas compõem um todo que influenciam na dinâmica de realização de direitos fundamentais.

3.3 Intertemporalidade e ADCT

Os tópicos anteriores puderam revelar uma peculiar característica da Constituição Federal de 1988, que é a intrínseca relação entre suas normas e o tempo, evidenciando que as questões atinentes à intertemporalidade não gravitam, apenas, em torno do ato das disposições transitórias, que seriam aquelas, tipicamente, criadas para lidar com a situação acarretada pelo conflito temporal entre diplomas normativos. Trata-se de um pressuposto que, contraditoriamente, é serviente à estabilidade das normas constitucionais, oportunizando acomodação sistêmica e cumprimento de seus comandos.

Na oportunidade será analisado o gradual processo de transição normativa pelo ADCT, avaliando, a partir de um estudo comparado, o papel, jurídico e simbólico, desempenhado por

174 O que se percebe, entretanto, é que, em situações críticas, as reformas constitucionais priorizam medidas que destoam completamente do compromisso normativo de 1988, comprometendo as conquistas sociais, sob o argumento da ingovernabilidade do país, em face de uma suposta liberdade de mercado.

estas normas ao longo da história constitucional brasileira e de outros países latino-americanos, bem como o aprofundamento das discussões doutrinárias sobre a classificação das normas que formam o ato das disposições constitucionais transitórias de 1988, sendo, ao final, sugerida uma descrição própria.

3.3.1 A transição normativa: a função estabilizadora das normas transitórias (A transição entre as Constituições e o hiato constitucional)

A obra constituinte é sucedida de um processo ainda mais complexo de efetivação das normas constitucionais, em que se leva em conta: a atividade reformadora, a criação e a adequação da legislação infraconstitucional ao novo paradigma interpretativo e fundamentador da ordem jurídica, como também a função que desempenham as normas que garantam a transposição dos sistemas normativos de forma a não comprometer o novo projeto político consubstanciado na vontade de constituição.

Nesse sentido, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)¹⁷⁵ direciona-se à transição de uma nova ordem jurídica em relação à anterior, estabelecendo regras de aplicação temporal para a minimização dos efeitos deletérios advindos do confronto entre o velho e o novo ordenamento no que tange às normas constitucionais e infraconstitucionais. A acomodação sistêmica da Constituição é um imperativo que decorre da realidade e da vontade que a legitima¹⁷⁶.

As escolhas do constituinte, sobre a tipologia das normas constitucionais, variam de acordo com o contexto e com os propósitos que se pretendam atingir. Apesar de constarem em, praticamente, todas as constituições brasileiras não há uma obrigatoriedade, sob uma ótica técnica, de estarem prescritas no texto constitucional.

No entanto, elas atendem a uma estratégia bem evidente. A dignidade constitucional conferida às normas de direito intertemporal explica-se pela blindagem das normas originárias,

175 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947, p. 229, v. IV. “A regra fundamental é a da *incidência imediata da nova Constituição*. Se o legislador constituinte prefere que se regule a transição, cabe-lhe dizê-lo explicitamente, ou, pelo menos, implicitamente. É a essa política de normas ‘transitórias’ que se voltam os Atos das Disposições Constitucionais Transitórias ou, melhor, as Leis de Direito Intertemporal”.

176 ENTERRÍA, Eduardo García de. **Constituição como norma**. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional |vol.1| p.73| Mai/2011. DTR\2012\1000. En todos esos contenidos la Constitución se presenta como um sistema preceptivo que emana del Pueblo como titular de la soberanía, em su función constituyente, preceptor dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos. [Texto original]

principalmente, pelo conteúdo que excepciona as normas permanentes. Caso fossem normas infraconstitucionais estariam suscetíveis a ter a validade questionada, tanto sob a perspectiva de conteúdo, quanto pela competência legislativa da União para tratar de questões sensíveis aos demais entes federativos.

3.3.2 Normas constitucionais transitórias ou provisórias

As normas transitórias, objeto de análise desta tese, são direcionadas a solucionar conflitos de direito intertemporal quando da instauração de uma nova ordem normativa ou a alteração por emenda. São espécies normativas (ADCT), segundo o próprio Supremo já se manifestou, de natureza constitucional criadas com o atributo distintivo da transitoriedade (ADI nº. 829). Pelo fato de compor o texto constitucional originariamente¹⁷⁷ e não existir ressalva do legislador constituinte, não haveria outro resultado senão considerá-las como norma da constituição dotadas do traço distintivo da provisoriedade.

Instada a se manifestar sobre a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de norma transitória, a Suprema Corte da Colômbia, no julgamento nº 544/92, precisou enfrentar o tema da natureza jurídica das disposições transitórias, bem como, por consequência, a tese das normas constitucionais inconstitucionais. Questionava-se a incompatibilidade do art. 59 do ADCT colombiano, que vedava o controle jurisdicional nas normas constitucionais originárias e os atos da Assembleia Nacional Constituinte: “A presente Constituição e os demais atos promulgados por esta Assembleia Constituinte não estão sujeitos a controle jurisdicional algum” [Tradução nossa]¹⁷⁸.

Na oportunidade, a Corte colombiana firmou entendimento de que as normas transitórias teriam *status* constitucional, não podendo sofrer juízo de inconstitucionalidade: “Existe, pois, igualdade qualitativa na essência das normas constitucionais, acompanhada de uma diferença no alcance do conteúdo das mesmas. Em outras palavras, todas as normas da Constituição compartilham um mesmo estrato jurídico, que é a da supremacia de uma

177 FERRAZ, Anna Cândido da Cunha. A transição constitucional e o ato das disposições constitucionais transitórias de 05.10.1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 26/1999, p. 54-68, jan-mar, 1999. “As disposições, mesmo quando, sob o aspecto tópico, integram parte autônoma ou apêndice de uma constituição, são normas constitucionais tal como são as normas contidas na parte permanente do texto constitucional [...]”.

178 “La presente Constitución y los demás actos promulgados por esta Asamblea Constituyente no están sujetos a control jurisdiccional alguno” [Texto original].

constituição rígida” [Tradução nossa] ¹⁷⁹.

Muito embora, portanto, destoem de características comuns às normas permanentes, não há razão para considerá-las em posição hierárquica inferior. A Corte colombiana, por tratar-se de análise sobre a validade de normas originárias, declarou a impossibilidade de proferir julgamento de mérito por motivo de incompetência.

No advento da primeira emenda constitucional que versou sobre a modificação do ADCT (art. 3º), a EC nº 02, os debates periféricos, na Câmara Federal, da Comissão de Constituição e Justiça tratavam da conceituação e a natureza das disposições transitórias, tendo em conta os desdobramentos teóricos e práticos de sua alteração ¹⁸⁰. É inegável a natureza empírica no momento de formulação destas normas, buscando, num esforço sobre-humano, antever a ampla gama de exceções e de proteção da segurança jurídica.

Nesse contexto, o então membro da CCJ da Câmara Federal, Hélio Bicudo, ao analisar a natureza efêmera destas normas afirmava que: “ela resolve conflitos no tempo entre as normas anteriores e as novas. São emanadas num momento de mutação legislativa, as quais tem por objeto situações jurídicas pendentes no momento em que se inicia a eficácia das novas normas e objetivam uma disciplina diversa daquela contida nas normas antigas” ¹⁸¹.

Chega a afirmar que estas não estão no âmbito da transitoriedade (ou da intertemporalidade), mas no contexto das regras de exceção. Argumento incompreensível na medida em que os conceitos de intertemporalidade (adrede à natureza jurídica) e excepcionalidade (enquanto característica), muito embora diversos, não são antagônicos. Eles se complementam para formar a essência de grande parte das normas constitucionais transitórias, muito embora possa existir norma de exceção que não seja transitória. E, da mesma forma, norma transitória que não se constitua enquanto uma regra de exceção ao texto

179 “Existe pues igualdad cualitativa en la esencia de las normas constitucionales, acompañada de una diferencia en el alcance del contenido de las mismas. En otras palabras, todas las normas de la Constitución comparten un mismo estrato jurídico, que es la de la supremacía de una constitución rígida” [Texto original].

180 BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Disponível: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=473D613BD34EDB9BEC1E50628EC3B824.proposicoesWebExterno1?codteor=1243156&filename=Dossie+-PEC+51/1990>. Acesso em: 23 out. 2018: “O então deputado Hélio Bicudo, citando o jurista italiano Rolando Quadri: “A vontade normativa que se conecta às disposições transitórias tem uma base que é mais empírica e deve estar contida dentro dos limites materiais por ela prevista. Pelo contrário, parece-nos que, a menos que se possa deduzir do cumprimento das disposições transitórias aos princípios gerais, estas disposições devem ser consideradas mais do que especiais, como excepcionais, dado a razão específico que não permite uma interpretação extensiva”.

181 BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Disponível: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=473D613BD34EDB9BEC1E50628EC3B824.proposicoesWebExterno1?codteor=1243156&filename=Dossie+-PEC+51/1990>. Acesso em: 23 de out. 2018.

permanente.

Nesse sentido, Cunha Ferraz¹⁸², ao revelar a essencialidade do ADCT nos processos de mudança constitucional, assevera que em decorrência “[...] da incidência imediata e inflexível de certas normas constitucionais, torna-se, não raro, necessário ou conveniente abrir exceções precárias e transitórias às normas permanentes”, representando uma técnica exclusiva do constituinte.

Em relação às demais espécies verificadas acima (as cláusulas irrevogáveis e as normas com ânimo de permanência), as normas constitucionais transitórias, apesar de sua inegável natureza, distinguem-se daquelas em razão de dois atributos: a permanência e o objetivo a que se destinam. A transitoriedade, no contexto do ADCT, é graduada de acordo com a finalidade perseguida pela norma, ocorrendo o seu exaurimento instantâneo ou retardado, ressaltando que estas normas são dependentes das permanentes. Já as normas permanentes, ao contrário, estão vocacionadas à duração indefinida, pois constituem o Estado e o seu projeto político, no entanto, suscetíveis de reformulação legislativa ou interpretativa.

Apesar da aparente assertividade, quanto ao conceito, a sua implementação é repleta de imprecisões e, nesse sentido, menciona-se a confusão conceitual, feita pelo legislador, em relação à diferenciação entre disposições gerais, finais e transitórias, conforme mencionava Ferreira¹⁸³.

As disposições gerais seriam aquelas normas que estabelecem diretrizes principiológicas de aplicação de um determinado título ou capítulo ou seção (arts. 37, 92, 140 e 194 da CF/88, por exemplo), indicando ao intérprete os fundamentos de aplicação que norteiam uma determinada parte ou de todo o conjunto normativo. As disposições finais seriam o grupo de normas, geralmente, localizado ao final da constituição, perfazendo-se num catálogo normativo residual dos temas que lidam com a transição entre ordens jurídicas, muito embora não se confunda com as normas transitórias, pois tem caráter permanente e que denomino de regras de transição¹⁸⁴. Ou seja, possuem naturezas jurídicas diversas e, portanto,

182 FERRAZ, Anna Cândido da Cunha. A transição constitucional e o ato das disposições constitucionais transitórias de 05.10.1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 26/1999, p. 54-68, jan-mar, 1999.

183 FERREIRA, Pinto. **Técnica legislativa como a arte de redigir leis**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181674/000421282.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 15 out. 2018.

184 As regras transitórias se distinguem das regras de transição, apesar de possuírem finalidades semelhantes. As primeiras, conforme fartamente apresentado, possuem vigência condicionada, voltada para o atingimento de um fim, que se confunde com o seu exaurimento. As segundas são normas permanentes, muito embora tratem de aspectos referentes à nova formatação de matérias veiculadas pela mudança constitucional.

não seria pertinente reuni-las em um mesmo título.

Por fim, as disposições transitórias¹⁸⁵, que, diferente das demais espécies, possuem o atributo da não permanência, já que se prestam, pontualmente, a organizar a transição para a refundação da nova ordem. Há quem defenda que tais normas teriam um repertório restrito, destinando-se a explorar, apenas, questões como vigência e revogação de disposições constitucionais anteriores, apresentando-se como abuso do poder de legislar o que ultrapassasse tais limites¹⁸⁶. Apesar de defender a importância da técnica legislativa e as restrições em face do poder reformador, a afirmação não seria insuscetível de críticas no que tange à ação do poder constituinte originário, levando em conta a experiência constitucional brasileira e a própria complexidade advinda de uma mudança constitucional, conforme será visto mais adiante.

Estão dispostas ao final do texto constitucional, dotadas, em regra, de numeração específica e vocacionadas a perda gradual da vigência, em razão do tempo ou da ocorrência do fato previsto na própria norma¹⁸⁷. Ao contrário das normas permanentes, não necessitam, *a priori*, de alteração formal para deixarem de vigorar.

Caracteriza-se, portanto, o ADCT como normas circunstanciais, acessórias e instrumentais na medida em que não existem em si mesmas, no sentido de autonomia normativa, mas para dar forma ao processo transição constitucional, instituindo órgãos, assegurando direitos, extinguindo relações jurídicas e criando outras, mas, necessariamente, orientando-se pelo projeto definido pelas normas permanentes. Sobre o atributo da acessoriedade, Arteaga Nava¹⁸⁸ é enfático ao afirmar que: “São normas de natureza acessória;

185 SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 204: “Trazem um conjunto de normas geralmente separado do corpo da constituição, como a nossa de 1946 e a vigente, com numeração própria dos artigos. Essa é a melhor técnica, porque se trata de regular e resolver problemas e situações de caráter transitório, geralmente ligados à passagem de uma ordem constitucional para outra”.

186 ROJAS, Oswaldo Chacon. **La desnaturalización de los artículos transitorios en la reforma constitucional político de 2014**. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4828/10.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2019.

187 FERREIRA, Pinto. **Técnica legislativa como a arte de redigir leis**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181674/000421282.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 15 out. 2018. O autor possui, em nosso sentir, a melhor definição sobre as disposições transitórias: “[...] são normas que não possuem o caráter permanente, mas chamam a atenção do legislador, merecendo ser disciplinadas. Possuem um caráter de transitoriedade e tendem a desaparecer com o próprio decurso do tempo, pelo seu fluir, ou ainda pela consumação do fato. As disposições transitórias são normas reguladoras de situações especiais e passageiras, sem caráter de permanência, mas que devem ser disciplinadas pelo legislador, que delas não deve descuidar-se. Regulam situações jurídicas especiais, exigindo imediatas normas reguladoras, mas sobre assuntos e matérias que tendem a desaparecer com rapidez”.

188 NAVA, Elisur Arteaga. **El derecho constitucional transitorio**. Disponível em: <<https://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/13/13-01.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2018: “Son normas de naturaliza accesoria; existen por cuanto a que hay un texto principal; dejen de ser em el momento em que

existem porque existe um texto principal; deixarão de ser no momento em que este desapareça. Não se pode pretender conferir-lhes uma validade independente. Não existe um direito transitório autônomo, que exista por si” [Tradução nossa].

Importante mencionar que o ADCT diverge da principal característica da norma constitucional, qual seja a permanência, possuindo, entre outras, a missão de adequação política e das regras de acesso aos cargos eletivos, preservação e declaração de direitos peculiares a grupos e ao interesse nacional, conformação das instituições existentes, garantia de continuidade da função administrativa e da gestão tributária, bem como de extinguir e de criar órgãos nos termos da nova Constituição, possibilitando, não apenas, a devida recepção do direito pré-constitucional, mas também a efetividade do novo ordenamento.

A vivacidade do ADCT, pela ação e omissão do Congresso Nacional (poder derivado¹⁸⁹), ultrapassou o senso de finalidade que, usualmente, é conferido ao instituto, utilizando-o como uma solução aos problemas de efetividade das normas constitucionais e, conseqüentemente, criando outros que violam o devido processo legislativo e a própria força normativa da Constituição.

É certo que até mesmo o legislador constituinte (originário) é contraditório no tocante ao dimensionamento e alcance do ADCT, pois é possível questionar, inclusive, a natureza transitória e os fins de algumas de suas normas, sendo considerado um terreno movediço às pretensões de acomodação normativa. “É o terreno do depósito residual, da miscelânea e da mistura normativa”¹⁹⁰. As palavras de Horta podem ser confirmadas, não apenas, pela análise da atual constituição, mas também pela história normativa retratada nos textos anteriores, conforme será visto adiante.

3.3.3 ADCT e traços característicos na história constitucional brasileira: uma análise comparativo-normativa

Revolvendo a história do direito brasileiro, percebe-se um campo de pesquisa bastante útil para a elaboração de uma concepção genuína sobre a funcionalidade das normas constitucionais transitórias, levando em consideração o expressivo número de constituições.

aquella desaparezca. No puede pretenderse darles validez independiente. No existe un derecho transitorio autónomo, que exista por sí [...]” [Texto original].

189 A respeito do termo, é salutar a referência à obra de Nelson Saldanha, onde considera ser impróprio o termo “poder constituinte derivado” ou “poder constituinte instituído” (SALDANHA, 1986).

190 HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 294.

A proposta de estudo cinge-se, principalmente, em relação aos textos não mais vigentes, a uma análise estritamente normativo-morfológica, avaliando a coerência do legislador constituinte, bem como a pertinência de tais normas.

O estudo da técnica legislativa é dotado de relevo na medida em que se destina a ressaltar a dimensão instrumental da norma, mas, em se tratando de norma constitucional (originária), este perde, em parte, em importância teórica, tendo em vista a capacidade criativa do poder constituinte. Apesar disso, pode se observar que, no campo das normas transitórias, esse dinamismo esbarra em postulados de segurança jurídica e que, portanto, merece a devida compreensão.

A análise não trata de uma abordagem histórica descontextualizada, mas voltada a confirmar a instabilidade legislativa na definição das normas constitucionais transitórias, justificando a sua importância pela necessidade de entender, no curso das manifestações constituintes, elementos que possam evidenciar ou não resquícios de uma herança normativa consubstanciada, implícita ou explicitamente, no ADCT da atual Constituição de 1988. Opta-se por uma proposta de verificação legislativa e doutrinária de cada época sem descuidar da crítica acerca dos traços característicos do constitucionalismo pátrio.

Não se defende, nesse contexto, um constitucionalismo de negação ao passado, interpretando-o e comparando-o anacronicamente para considerar uma maior ou menor efetividade ou simplesmente negar o vínculo com os seus institutos atuais. Não há o propósito, da mesma forma, de verificar a linearidade evolutiva do direito constitucional ou a utilização do argumento retórico de que a história ensina a sociedade a não incorrer em erros do passado, mas um resgate que objetiva uma análise coordenada no estudo, na interpretação e na essência das normas transitórias.

Sabe-se que toda proposta de classificação é, em maior ou menor medida, uma decisão arbitrária, pois a pretensão de identificação geral dos fenômenos e institutos resultaria na omissão, ainda que não intencional, de situações diversificadas, sugerindo, justamente, a linearidade questionada. Portanto, não há pretensão de se realizar um enquadramento geral a respeito da efetividade das normas constitucionais ao tempo de vigência de cada constituição. Apesar de ser instigante, à luz de um estudo crítico da história constitucional, desvelar a diversidade de situações de eficácia social destas normas, que, certamente, importariam na contraposição às classificações tradicionais como, por exemplo, a de Karl Loewenstein¹⁹¹,

191 LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Traducción: Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed.

onde seria possível encontrar oscilações significativas no enquadramento da constituição normativa, nominativa e semântica.

Na verdade, o passado é a porta para a defesa de um constitucionalismo de contestação do presente, confrontando dialeticamente os avanços e retrocessos de uma herança constitucional própria. O estudo histórico do ADCT desvelou, conforme foi possível perceber, as peculiaridades que são constantes nas constituições brasileiras, variando em maior ou menor intensidade, seja pela influência legítima ou ilegítima dos interesses que cercam a elaboração da constituição.

Nesse sentido, para realizar a descrição das disposições transitórias das constituições, foi feita uma síntese introdutória de cada transição constitucional, buscando relacioná-las àquelas prescrições normativas e, por fim, uma comparação com os ADCTs da Constituição vigente, levando em consideração: a técnica, a extensão, o conteúdo, a efetividade e a modificação.

3.3.3.1 A Constituição Imperial de 1824

A Constituição imperial do Brasil de 1824 foi o primeiro diploma normativo com pretensões de instituir o Estado de Direito (monarquia constitucional e hereditária) em contraposição ao longo período de colonização portuguesa. Inspirada nos anseios do constitucionalismo francês e traços do inglês, o texto constitucional é cercado pelas contradições do momento histórico de sua concepção, inovando e retrocedendo no processo de conquistas de direitos individuais e de controle e organização dos poderes do Estado.

Sem se entregar às tentações e ao conforto do anacronismo, pode-se afirmar que o modelo de constitucionalismo¹⁹² outorgado por Dom Pedro I confrontou-se com o princípio

Barcelona: Editorial Ariel, 1976. O autor propõe uma classificação ontológica da constituição, graduando o nível de efetividade a partir de sua impressão geral sobre o grau de vinculação normativa ou a sua confirmação na prática. Para tanto, indica que a “constituição normativa” emergiria na situação em que as condições ideais de educação política, relacionamento harmônico entre democracia e poder, ambiente nacional favorável, permitindo o povo gozar soberanamente do poder. A “constituição nominativa”, que seria válida no plano jurídico positivo, mas débil em termos de realidade existencial, estabelecendo, a médio ou longo prazo, a promessa de um dia tornar-se normativa. E a “constituição semântica”, que seria aquela subserviente a um poder que pretenda permanente, ou seja, em vez de limitá-lo, confere-lhe plenos poderes para agir.

192 NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018. Ao situar historicamente o constitucionalismo imperial, o autor, mencionando Afonso Arinos, assevera que a referida expressão se contrapõe, propriamente, ao colonialismo. E apesar de representar um novo modelo de Estado, faticamente, não conseguiu ser instrumento capaz de romper com as raízes de um longo processo de exploração, vinculando-se, mesmo após a independência, a obrigações esdrúxulas.

do governo limitado, já que, dentre as principais características estava a manutenção do poder centralizado, traduzido pela autoridade perpétua e na sacralidade do poder moderador¹⁹³ (arts. 98 ao 101), fazendo ruir qualquer discussão, ainda que primitiva, acerca de controle recíproco no contexto da separação de poderes, apesar do texto constitucional mencionar, dentre as suas prerrogativas, equilíbrio e harmonia¹⁹⁴.

Tobias Barreto¹⁹⁵, com sua crítica irreverente ao governo imperial, é categórico ao afirmar que não é possível, diante desse contexto, falar em constitucionalismo liberal, pois foi concedido ao imperador independência, soberania e preponderância sobre qualquer outra instituição. De instrumento de contenção, conforme a proposta de Benjamin Constant, a poder que pairava soberano em relações aos demais, chegando a afirmar, em tom crítico à outorga constituinte, que o Brasil foi constituído.

O próprio imperador, em discurso de abertura dos trabalhos da Constituinte posteriormente dissolvida por ele mesmo, afirmou que juraria cumprir a Constituição se esta fosse digna dele e do povo, externando, nas entrelinhas, que não aceitaria o controle do parlamento sobre os seus atos. Faoro¹⁹⁶, ao analisar as razões de Dom Pedro I, assevera que: “A monarquia constitucional – declara o imperador – seria o ‘centro de garantia’ para impedir as convulsões e os extravios, oriundos da situação geográfica, moral e educativa do povo”. Para tanto, outorgou uma Constituição com um Executivo forte e um Legislativo com poderes precários e controlado pelo imperador, configurando-se numa exigência inarredável ao advento da constituição e da condição do Brasil ao patamar de Império.

Por outro lado, ao menos textualmente¹⁹⁷, tem traços liberais na medida em que, nos termos da revolução francesa, põe termo às corporações de ofício e a consequente da liberdade de trabalho, a garantia do juízo natural, da igualdade e da individualização da pena. O alcance, entretanto, dessas normas restringia-se uma pequena fração da população livre, abastada e dotada de instrução, principalmente, em razão da manutenção do modelo escravocrata e da

193 BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. São Paulo: Bookseller, 2000, p. 376. “Há no fundo das teorias correntes (teológica e metafísica), relativas ao supremo poder do Estado, um sedimento de ortodoxia, uma dose de fê católica, nos milagres da constituição e na superioridade da moral da realeza. A crer-se no que ensinam até os mais adiantados, o príncipe brasileiro é um penhor inestimável da proteção divina, que se exerce claramente sobre o caminhar deste império. É de balde que o povo, tomado de uma loucura sacrílega, sonha às vezes com tesouros enterrados ao sopé do trono”.

194 BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/185600>> Acesso em: 14 nov. 2018.

195 BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. São Paulo: Bookseller, 2000.

196 FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012, p. 332.

197 FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012, p. 333. Na pontual observação de Raymundo Faoro: “O estamento se rearticula, com tintas liberais e cerne absolutista [...]”.

restrição ao exercício do voto. A sua expressividade, longe da função norteadora do fazer político, limitou-se a um mero recurso retórico e de manutenção do *status* de dominação, já que as fagulhas de um constitucionalismo liberal foram abafadas¹⁹⁸.

A única constituição semirrígida (art. 178)¹⁹⁹ e mais longeva da história do Brasil (65 anos), manteve-se, em razão de sua função figurativa, mesmo diante das fortes situações de instabilidade institucional, sendo, ao final, revogada pelo sentimento antimonárquico materializado pelo Decreto n.º. 01 de 15 de novembro de 1889, que cedeu espaço, dois anos depois, para a instalação da república pela Constituição Federal de 1891.

A Constituição de 1824 elencou, a partir do Título 8º, dentro do texto principal da Constituição, um pequeno rol de disposições gerais, onde também constavam os direitos e garantias individuais dos cidadãos. Algumas dessas normas gerais abrigariam disposições transitórias, dotadas de diminuto protagonismo por razões óbvias: tratava-se da primeira constituição escrita, não havendo, ao menos no mesmo plano formal, norma constitucional anterior a ser revogada e, por consequência, direitos adquiridos a serem preservados. Não obstante isso, verifica-se algumas disposições de transição:

A) A primeira em relação à limitação temporal para reformar a Constituição imperial no prazo de quatro anos após o seu juramento: art. 174: “*Se passados quatro annos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Camara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte deles*”. Trata-se de uma norma que instituía uma limitação temporal, vedando a manifestação do poder reformador durante o prazo de quatro anos. A referida, ao contrário da característica imputada ao ADCT, não exaure a sua eficácia com o passar desse prazo, mantendo-se apta a surtir efeitos, mediando novas alterações²⁰⁰. Registre-se que tal

198 Apesar da reprodução meramente retórica de ideais liberais no Texto imperial, não se pode desprezar o pensamento constitucional liberal encontrado no manifesto do Frei Caneca, ao sistematicamente deslegitimar a instituição forçosa da constituição imperial de 1824, confrontando-a aos principais símbolos do constitucionalismo liberal. Na verdade, a constituição representaria o instrumento para o aprisionamento das ideias liberais. Nesse sentido, Nelson Saldanha (2000): “Frei Caneca, impregnado de leituras francesas – pouco abundantes mas ardorosamente assumidas -, impugnou a carta outorgada, com base num argumento literalmente idêntico à teoria de Emmanuel Sièyes (que contudo não cita) sobre o *pouvoir constituant*: só a nação pode constituir-se, e o monarca ‘não é nação’, portanto não pode criar constituição”.

199 FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito constitucional**: teoria da Constituição; as Constituições do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 146-148. “Este artigo applicava um princípio exposto por Benjamin Constant no seu trabalho *Reflexões sobre as Constituições e Garantias*, escrito entre 1814 e 1818. Ali está escrito textualmente: ‘Tudo o que não se relaciona com os limites e as atribuições respectivas dos poderes e com os direitos individuais, não faz parte da Constituição; pode ser modificado pelo concurso do rei com as duas Câmaras’”.

200 BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/185600>> Acesso em: 14 nov. 2018. “Para evitar a

dispositivo, representou, no contexto da história constitucional, a única previsão relativa à limitação temporal ao poder de alteração de uma constituição.

B) A segunda diz respeito à previsão sobre a criação de códigos no art. 179, XVIII: *“Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade”*. Seguindo o processo de codificação da legislação (século XIX), trata-se de regra em que a duração de sua eficácia está limitada ao advento dos Códigos Civil e Penal, seguindo a tendência de codificação. O Código Criminal foi editado em dezembro de 1830, revogando o Título V das Ordenações Filipinas, mas o direito civil continuou sob a regência das ordenações portuguesas, encontrando a revogação definitiva com a edição do Código Civil de 1916.

C) A terceira trata, por influência da Lei Chapelier (França), da extinção das denominadas Associações de Artes e Misteres: art. 179, XXV: *“Ficam abolidas as Corporações de Offícios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres”*. No contexto da evolução dos modelos de organização do trabalho, as corporações de ofícios se contrapunham ao sistema de servidão, onde o aprendiz, sob a supervisão do mestre, submetia-se às determinações deste para desenvolver um ofício específico.

A corporação de ofício era uma forma de trabalho mais abrandada de escravidão e de monopolização do exercício do trabalho, sendo abolida no período da revolução francesa por ser considerada atentatória aos direitos do homem livre. Tomadas as devidas ressalvas sobre o contexto histórico do constitucionalismo francês e brasileiro, a extinção das corporações de ofícios teve pouca repercussão prática, pois além de ser pouco difundido, ao contrário do que ocorrera em países como França, Alemanha e Espanha, o modo de produção brasileiro estava decisivamente comprometido com o regime de escravidão.

Em relação a esta disposição normativa, é possível questionar a sua natureza jurídica como norma geral ou transitória, pois trata-se de uma regra que tem eficácia instantânea ao abolir as corporações de ofícios, mas que, implicitamente, guarda um efeito vedatório, proibindo qualquer forma de organização do trabalho nesses moldes, mantendo, em parte, os seus efeitos. O mesmo raciocínio seria estendido aos itens XVI (*“Ficam abolidos todos os Privilegios, que não forem essencial, e inteiramente ligados aos Cargos, por utilidade*

mobilidade imprudente ou constante, a Constituição inibiu a reforma antes de passados quatro anos, e por isso mesmo pregamos que esta disposição não é transitória, e sim aplicável a qualquer alteração que tenha sido consumada; entendemos que ato adicional, por exemplo, não poderia ter sido reformado senão depois de passados quatro anos da data de seu juramento”.

publica”) e XIX (“*Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas crueis*”) do mesmo art. 179. Dessa forma, se está apta a surtir efeitos no plano jurídico indefinidamente, ainda que possua eficácia negativa, não poderia ser considerada norma transitória, mas disposições gerais.

Não se pode afirmar, categoricamente, ao realizar um comparativo com as demais constituições brasileiras, que a Constituição Imperial tenha trazido uma proposta, ainda que embrionária, de normas transitórias, representando uma manifestação incidental do poder constituinte, que mais se identificam enquanto disposições gerais, do que com o formato de regras transitórias, apesar de se perceber, sutilmente, elementos de temporalidade em alguns dispositivos.

Pessoa²⁰¹, apesar de, no mesmo sentido, asseverar a inexistência de um *locus* específico para as normas transitórias nesta constituição, admite-as, em decorrência da Lei n° 16 de 12 de agosto de 1834, incidentalmente no corpo da constituição de 1824, ao regulamentar provisoriamente a regência do governo (art. 122 e ss.), enquanto não se dava a maioria de Dom Pedro II. Concorda-se com a observação na medida em que se trata de uma norma constitucional transitória munida das características essenciais: a precariedade e o objeto finalístico para atender a uma eventual demanda.

3.3.3.2 A Constituição de 1891

A primeira constituição republicana e federativa do Brasil simbolizou a congregação de fatos históricos que repercutiram na ruína do Segundo Reinado. O maior período de vigência de uma Constituição brasileira (1824) não retrata necessariamente maior estabilidade política e social, pois o seu contexto histórico é ladeado por momentos de turbulência, desde a dissolução da Constituinte de 1823 até a sua revogação pelo decreto de proclamação da república²⁰². Não se pode, como adverte Bonavides e Andrade²⁰³ imaginar que um simples ato normativo unilateral tenha sido o responsável pela queda do Império, pois o movimento

201 PESSOA, João Paulo. **As disposições transitórias no direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2017.

202 Apresentar sucintamente o conjunto de fatos históricos ocorridos durante o segundo império, principalmente, no que diz respeito aos que ensejaram a queda do império.

203 ANDRADE, Paes; BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 483. “A Constituição, como Lei básica, é princípio formal a que todo cidadão pode e deve recorrer. Por isso, a Carta Magna não pode ser apenas o espelho da sociedade e de suas relações, mas deve expressar as aspirações e os ideais dos cidadãos, deve apontar sempre para o que o conjunto dos indivíduos encara como o objetivo último da vida em comum”.

constitucionalista já havia optado por trilhar o caminho da mudança em desfavor do atual modelo de governo monárquico²⁰⁴.

Nesse contexto de mudança constitucional, pode-se verificar que o próprio Decreto nº. 01/1889 representou um conjunto de normas transitórias, que, genericamente, estabeleceu o desenho normativo de transição entre o Império e a República. Na dicção de Afonso Arinos uma lei “mais programática do que efetiva”²⁰⁵. É ato normativo transitório, condicionando a sua existência à manifestação posterior da eleição do Congresso Constituinte, fato que ocorreria dois anos mais tarde com a promulgação da Constituição de 1891.

E dentre os seus principais propósitos estavam a instituição da forma de governo republicana e a formatação das províncias em unidades federativas autônomas (federalismo dualista), conferindo a estas o poder constituinte decorrente para criarem suas respectivas constituições (art. 3º)²⁰⁶, ao mesmo tempo em que, contraditoriamente, por ser impossível desentranhar uma cultura organizativa secular de centralização do poder político-administrativo, faz remissões à subordinação ao Governo Central²⁰⁷, evidenciando, desde as origens do federalismo brasileiro, peculiaridades²⁰⁸, não apenas reproduzidas na Constituição

204 FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito constitucional**: teoria da Constituição; as Constituições do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 146-148. “No nosso país, podemos citar vários documentos legislativos com força constitucional, que não se enquadram nos textos das Constituições [...] Juntamente com a República, apareceu o Decreto nº. 1 de 15 de novembro de 1889 [...] Esta lei constitucional, escrita por Rui Barbosa, é de grande interesse. Não havia sido ainda construída a modalidade de ato jurídico que é o decreto-lei, e, assim, a norma fundamental da República apareceu na forma de um diploma subordinado, como é o simples decreto. Mas isto é comentário forma, sem maior importância. Importante é observar que os proclamadores da República não afirmavam a sua legitimidade, por isto dizem no art. 1º: ‘Fica proclamada provisoriamente... a República Federativa’. Habitados à rotina do Estado de Direito, aqueles juristas imperiais não ousaram conferir legitimidade ao golpe de Estado. Até quando duraria o caráter provisório da República? Evidentemente até a manifestação da soberania do povo, pelo Poder Constituinte”.

205 FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito constitucional**: teoria da Constituição; as Constituições do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 148.

206 Tratou-se, ainda que se questione a forma e a legitimidade, de uma clara manifestação constituinte na medida em que aniquila os fundamentos da Constituição Imperial, revogando-a, bem como conferindo autonomia e poder constituinte decorrente às unidades federativas, ato ordinariamente realizado pelo poder criador da Constituição.

207 Para evidenciar esse centralismo, a regra transitória prevista no art. 6º do decreto de proclamação da República Federativa, previa a possibilidade de intervenção federal nos Estados: “Em qualquer dos Estados, onde a ordem pública for perturbada e onde falem ao Governo local meios eficazes para reprimir as desordens e assegurar a paz e tranquilidade públicas, efetuará o Governo Provisório a intervenção necessária para, com o apoio da força pública, assegurar o livre exercício dos direitos dos cidadãos e a livre ação das autoridades constituídas”.

208 Refere-se ao termo “peculiaridades” no sentido desmitificar a ideia, conforme bem pontuada por Gilberto Bercovici (2004), de que existe um modelo de federalismo ideal e que o sistema federativo brasileiro não adota corretamente as características referenciadas pelo federalismo norte-americano. Na verdade, o contexto histórico brasileiro imprimiu uma influência peculiar a esta forma de organização estatal, buscando, ao longo dessa evolução, desenvolver um sistema próprio de unidade territorial. Até porque o federalismo norte-americano, sustentado pelo bicameralismo e por um sistema de governo (presidencialismo) controlado, desenvolveu-se considerando outras necessidades e tradições existentes desde o processo de colonização até a luta pela independência com a Convenção de Filadélfia e a cristalização desta forma de Estado, constituindo um sistema

de 1891 (art. 5º), que ainda persistem no atual modelo constitucional de 1988. Representa, portanto, um documento repleto de intencionalidades e condicionantes histórico-cultural, que, não necessariamente, repercutiram eficazmente no exercício do poder durante a república.

A Constituição de 1891 trouxe as “disposições transitórias” com apenas oito artigos e apartadas do texto constitucional, tendo em conta a numeração própria. Ao contrário da Constituição Imperial, verificou-se um maior zelo do legislador em estabelecer regras tipicamente transitórias. Cumpre mencionar que o decreto de proclamação da república trouxe um conjunto de normas tipicamente transitórias, restringindo-se, entretanto, a tratar das regras de organização da nova formatação do Estado brasileiro.

Os anais desta constituinte puderam demonstrar, a respeito do trato dos dispositivos transitórios, uma considerável desenvoltura do legislador sobre temas polêmicos pertinentes à transição constitucional, principalmente, em relação à manutenção dos atos do governo provisório e a sua compatibilidade com a Constituição, bem como a preservação das normas do antigo regime, regra que restou incluída nas disposições gerais²⁰⁹.

O tópico das disposições transitórias estabeleceu sistematicamente: A) o formato de escolha indireta pelo Congresso, reunido em Assembleia Geral, para os cargos de Presidente e Vice-presidente da República, desconsiderando eventuais incompatibilidades (art. 1º), norma transitória que excepciona regra permanente da Constituição, deixando, conforme discussão na constituinte, a matéria para ser regulada em lei especial (art. 26); B) a determinação constitucional para que os Estados, diante da proposta federalista, promulguem, no exercício do poder constituinte decorrente, suas respectivas constituições estaduais, concedendo prazo, inclusive, maior que o art. 11 da Constituição Federal de 1988 (art. 2º); C) Outra questão disciplinada foi a garantia de continuidade da prestação dos serviços públicos, pois com a adoção do federalismo ocorreu o fracionamento em esferas administrativas, formalmente, autônomas, bem como a abertura de créditos especiais para a regularização de suas despesas (arts. 3º, 4º e 5º).

Os demais artigos (6º, 7º e 8º) merecem tratamento específico por versarem sobre regras de transição sobre a manutenção de direitos (art. 6º) por tempo de serviços prestados e os outros dispositivos (art. 7º e 8º) por serem inusitados no contexto de manifestação do poder constituinte.

político original.

D) O art. 6º estabelece uma regra de transição que regulamenta a situação dos magistrados na virada para o governo republicano. Trata-se de uma norma genuinamente transitória, pois estabelece a preservação de direitos adquiridos em razão da ocupação e do tempo de prestação de serviços àqueles magistrados que não forem admitidos na nova organização judiciária.

E) O texto constitucional, por emenda ao projeto de disposições transitórias, trouxe uma previsão específica sobre a concessão de uma pensão vitalícia ao Ex-imperador do Brasil, concedida e quantificada pelo Congresso Nacional para a sua subsistência decente, mas que foi, de plano, renunciada por Dom Pedro II²¹⁰. Uma previsão inusitada para uma constituição e que na história da república iria se repetir na Constituição de 1967, no art. 184, com redação dada pela EC nº. 01/69²¹¹, ao prever a concessão de privilégios aos ex-presidentes da república, que além da percepção de um subsídio, passou a ter agentes públicos a sua disposição e tratamento médico e hospitalar subsidiados pelos cofres da União.

F) Por fim, o constituinte estabeleceu, no art. 8º das disposições transitórias, uma homenagem póstuma à Benjamin Constant (“o fundador da república”) ao adquirir a propriedade onde faleceu e determinar a colocação de lápide em sua homenagem (“Memória do grande patriota”). Determinou, ainda, que a sua viúva teria direito a usufruto enquanto viver e, por decreto congressional, no caso de falecer ou deixar de ocupar o imóvel, este se tornaria um museu em sua memória.

De fato, a determinação constitucional foi cumprida, tendo sido desapropriada e incorporada ao patrimônio público, tendo a sua família residido durante longo período. Em meados do século seguinte, tombada (Nº 578-T-1958) pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) e, posteriormente, transformada em um museu histórico, que retrata o estilo de vida do fundador da república, bem como a cultura e os costumes do século XIX²¹².

210 Art. 7º - É concedida a D. Pedro de Alcântara, ex-Imperador do Brasil, uma pensão que, a contar de 15 de novembro de 1889, garanta-lhe, por todo o tempo de sua vida, subsistência decente. O Congresso ordinário, em sua primeira reunião, fixará o quantum desta pensão.

211 Art. 184. Cessada a investidura no cargo de Presidente da República, quem o tiver exercido, em caráter permanente, fará jus, a título de representação, desde que não tenha sofrido suspensão dos direitos políticos, a um subsídio mensal e vitalício igual ao vencimento do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Parágrafo único. Se o Presidente da República, em razão do exercício do cargo, fôr atacado de moléstia que o inabilite para o desempenho de suas funções, as despesas de tratamento médico e hospitalar correrão por conta da União.

212 IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Disponível em: <<http://www.ipatrimonio.org/?p=20749#!map=38329&loc=-22.91900100000002,-43.187101,17>>. Acesso em: 08 mar. 2019.

Os debates constituintes retratam a veneração por Benjamin Constant, mas, mais que isso, o culto à história dos vencedores, creditando, simbolicamente, à sua figura a honraria de herói da pátria, outorgando-lhe um espaço definitivo na história brasileira pela edificação de um panteão²¹³, bem como a autorização para que o governo da república pudesse quitar todas as dívidas em seu nome e a concessão de pensões à viúva e suas filhas, respectivamente. Estas deliberações, objeto de consenso constituinte, não constaram no texto final da constituição federal, muito embora constem dos anais da assembleia²¹⁴.

Além das disposições em tópico específico, é possível constatar, em algumas passagens do texto permanente, a existência de normas essencialmente transitórias, tais como: a previsão de data de término do primeiro mandato de presidente da república (art. 43, § 4º); a aquisição de nacionalidade pelos estrangeiros que, ao tempo da promulgação da república, não declararem, dentro em seis meses depois de entrar em vigor a Constituição, o ânimo de conservar a nacionalidade de origem (art. 69, § 4º); a regra de recepção e não recepção do direito pré-constitucional em face da nova constituição (art. 83); a instituição de um tribunal de contas (art. 90) e a previsão de promulgação e assinatura, pelos membros da constituinte, da nova Constituição (art. 91).

O que se pode depreender é que a Carta de 1891, apesar de não se preocupar com os aspectos técnicos, pode ser considerada o primeiro texto constitucional a trazer normas de caráter transitório, principalmente, no que tange à consolidação do governo republicano e regras de preservação de direitos adquiridos pelos juízes da monarquia, além de normas transitórias no texto permanente.

3.3.3.3 A Constituição de 1934

A Constituição de 1934, impulsionada pela Revolução de 1930, inspirada na

213 O decreto congressional sugere a realização de um concurso para que artistas pudessem apresentar projetos a altura da homenagem e que a avaliação destes deveria ser realizada por um tribunal de juízes (um representante do Congresso Nacional, um membro da Escola Nacional de Belas Artes, de um artista brasileiro não vinculado a esta escola e um adepto reconhecido da doutrina a que se filiava Constant) que dominasse critérios estéticos e capacidade filosófica, ambas vinculadas ao sentimento patriótico.

214 BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/13596>>. Acesso em: 08 mar. 2019, p. 27-28. Em seus considerandos, dispunha: “Que o culto da memória dos grandes cidadãos, cuja intervenção foi decisiva na evolução nacional de cada povo, constitui a base de todas virtudes cívicas; Que à pátria incumbe amparar as famílias dos patriotas que com excepcional abnegação se devotaram ao bem público; [...] Que esse benemérito cidadão sucumbiu no serviço da Pátria, pela qual sacrificou-se, deixando a sua família na pobreza e onerada em compromissos pecuniários”.

Constituição de *Weimar* (1919) e idealizada pela Comissão do Itamaraty²¹⁵, desenvolveu com maior destreza as vinte e seis disposições transitórias. Apesar de ser considerada vanguardista (direitos sociais e voto feminino, *e.g.*), a estabilidade do seu texto constitucional foi tão efêmera quanto uma norma transitória, pois antes mesmo que tivesse a oportunidade de ser colocada em prática, foi superada pela constituição do Estado Novo de 1937, haja vista o cenário de instabilidade institucional oriunda de fatores internos e externos²¹⁶.

Apesar disso, pode-se considerar, dentre as constituições anteriormente abordadas, como o anexo de normas transitórias mais bem sistematizado e que trouxe, efetivamente, normas de transição entre os ordenamentos jurídicos.

As disposições transitórias, em vinte e seis artigos, em seguida ao Título VIII (Disposições gerais), trataram de questões pontuais da transição constitucional, tais como: a eleição indireta, no dia seguinte a promulgação, do Presidente da República para mandato; a forma de ocupação dos demais cargos eletivos; a reprodução das aspirações republicanas, grafadas no texto permanente da Constituição de 1891, pela transferência geográfica da Capital Federal (DF); normas criadoras de instituições e comissões responsáveis pela elaboração de projetos de códigos (comercial, processual civil e penal); a imunidade do controle jurisdicional em relação aos atos praticados pelo governo provisório, interventores federais nos Estados e demais delegados; determinação dos limites territoriais dos Estados-membros; resolução de questões econômicas e do quadro de pessoal da Administração Pública e anistia pelos crimes políticos.

Além dessas previsões, o legislador constituinte, seguindo os passos do anterior ao homenagear os pais fundadores da república federativa, trouxe a previsão (art. 15) de destinação de recursos públicos para a edificação de um monumento em homenagem ao proclamador da república, o marechal Deodoro da Fonseca. José Ricardo Oriá Fernandes (2017) oportunamente ressalta que “o Parlamento Brasileiro, através do processo constituinte e de debates e pronunciamentos de seus membros, exerceu um importante papel na construção da memória nacional, ratificando a máxima de que as leis de nosso país também foram feitas para a glória dos ‘grandes homens da Pátria’”.

215 KELSEN, Hans. A competência da assembleia nacional constituinte. **Política: Revista de direito público, legislação social e economia**. Rio de Janeiro: vol. 1, nº.1, Janeiro, 1934, p.34-43. É pertinente citar o parecer de Kelsen sobre a legitimidade do governo provisório em instituir, investido em poder soberano, a Assembleia Nacional Constituinte de 33-34.

216 FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito constitucional**: teoria da Constituição; as Constituições do Brasil. Rio de Janeiro, 1976, p. 89. “As instituições políticas de 1934 tiveram curta e precária duração. A partir do movimento comunista de novembro de 1935, elas, praticamente, só conservavam aparência de vida”.

A crítica é bastante pertinente na medida em que realça a intencionalidade do poder constituinte na criação do mito e da romantização do conturbado processo histórico de instituição da república, sendo a referida norma transitória, nesse sentido, um registro para fins de reflexão sobre a construção da história brasileira. De fato, o monumento reverenciado como altar da pátria foi transformado recentemente em um mausoléu, encontra-se na Praça Paris, no município do Rio de Janeiro.

O constitucionalismo brasileiro, entretanto, não foi construído apenas com situações de retrocesso. No anteprojeto da constituinte de 1933-1934, por exemplo, existia uma vedação à imigração africana e uma limitação percentual, anualmente, para imigrantes asiáticos. Na oportunidade, o constituinte sergipano Deodato Maia, em parecer às disposições gerais e transitórias, contestou a proposta inicial, afirmando a importância da imigração destas e outras etnias para a formação do Estado brasileiro, tendo sido retirada do projeto definitivo da constituição de 1934²¹⁷.

3.3.3.4 A Constituição de 1937

A Constituição de 1937 trouxe um rol de doze disposições transitórias, sem numeração própria, direcionadas ao propósito ditatorial de restrição de direitos e garantias, bem como nos assuntos relativos à organização da federação. Pode-se perceber, de plano, um conjunto normativo que confere amplos poderes ao chefe do Executivo, costurando, por intermédio de regulamentação unilateral, o processo de transição constitucional e o modelo centralizador de governo.

Uma das poucas utilidades práticas da Constituição Polaca foi a de revogar a Constituição de 1934. As disposições transitórias, contraditoriamente, foram bem mais efetivas do que o restante do texto constitucional²¹⁸, pois lá repousavam os mecanismos (arts.

217 BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/13216>>. Acesso em: 10 mar. 2019, p. 31. [...] as razões que emiti no mencionado parecer, como outras - perdôe-se-me dizê-lo - foram' ditadas pela simpatia e pela solidariedade, que não podem ser relegadas para plano inferior, na confecção de preceitos ou leis dessa natureza. Três forças étnicas, três raças distintas se puseram em contato em nosso território e colaboraram em nossa civilização. 'Não foi pequena, não foi de somenos importância a parte do africano na formação de nossa riqueza, arrancando-a da terra, desbravando as matas, regando até o nosso solo com o seu sangue, nas lutas contra os invasores. , Ora, Senhores, como iríamos nós, havendo-nos aproveitado do trabalho do africano, que não remunerávamos, porque estava aguilhado pela escravidão, como iríamos, hoje - grandes e fecundos, dentro de uma Pátria livre - fechar-lhes, hermeticamente, os nossos portos por um rígido dispositivo constitucional?!

218 BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Secretaria-Geral da Presidência. Constituição do Brasil de 1967 (anais) Brasília, 1969, p. 07. 4v. Os Anais da Constituição de 1967 retratou de forma categórica a força dos dispositivos transitórios, que conferia plenos poderes ao Chefe do Executivo. Em suas exposições, Pedro Aleixo ressalta que:

178, 180 e 186) que garantiriam, ao governo Vargas, a potencialização de suas medidas, quais sejam: a dissolução do Congresso Nacional, a expedição de decretos-leis e o estado de emergência, respectivamente.

Diante de uma legitimidade ensimesmada, a instituição do regime ditatorial reproduz, sob a coordenação de Francisco Campos, um rol normativo que concentra, pontualmente, a sua efetividade nas regras que conferem poderes excepcionais a Getúlio Vargas, num evidente pragmatismo orientado pelas aspirações autoritárias e que, ao mesmo tempo em que buscava o seu fundamento na Constituição, negava-lhe qualquer prestígio ou dever de submissão, configurando-se em um texto desprovido de força normativa.

Nesse contexto, encontram-se nas disposições transitórias e finais da Constituição de 1937 um claro reflexo das intenções almejadas pelo governo getulista, dentre elas: regras sobre o mandato do presidente da república e dos governadores dos Estados ²¹⁹, potencializando o poder de intervenção da União na autonomia política daqueles (arts. 175 a 177); a dissolução do Congresso Nacional, das Assembleias dos Estados e Câmaras municipais (art. 178), situação que perdurou até o término do Estado Novo, reforçando a prerrogativa que existia no texto permanente (art. 75 e 167); a competência legislativa do Executivo para expedir decretos-leis sobre todas as matérias de competência legislativa da União, enquanto não for reunido o Parlamento (art. 180); previsão sobre o exercício do poder decorrente pelos Estados com a outorga de seus respectivos governos (art. 181); forma de divisão/conflito sobre a demarcação dos territórios dos Estados, a indicação da criação de um regime transitório para o andamento das causas que tramitavam na justiça federal; e a regra de recepção de normas infraconstitucionais compatíveis.

É digno de destaque, pelo caráter inovador, a norma transitória insculpida no art. 187, que previa a submissão da Constituição de 1937 a um “plebiscito” ratificador (referendo) da outorga, a ser regulado por meio decreto, que não foi editado por motivos óbvios, denotando

“A Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937 conferia ao Presidente da República o poder de expedir decreto-lei sobre todas as matérias de competência legislativa da União, enquanto não se reunisse o Parlamento Nacional. Duas outras disposições, também de caráter transitório, estavam inscritas na Carta de 10 de novembro de 1937: a que declarava o estado de emergência em todo o País e a que dizia que a nova Constituição, desde logo em vigor, seria submetida a um plebiscito nacional. Durante cerca de oito anos, o que a Carta outorgada efetivamente vigorou foram os dispositivos por ela considerados transitórios. Não satisfeito com a amplitude de sua competência legislativa, que abrangia todas as matérias indicadas no artigo 16, o Presidente da República, a partir de maio de 1938, iniciou, sob a denominação de lei constitucional, uma série de leis - e não decretos-leis - que, apesar da denominação adotada, revogavam, modificavam e substancialmente contrariavam disposições do diploma constitucional então em vigor”.

219 A convocação para as eleições dos governadores e deputados estaduais só viria a ocorrer em outubro de 1945 com a expedição do Decreto-lei nº. 8.063, que, no mesmo bojo, determinou a elaboração das constituições estaduais no prazo de 20 dias.

que a Constituição não foi apenas violada pela criação destes atos normativos, mas também por omissão ou, de acordo com a crítica de Afonso Arinos, a inocorrência do plebiscito é um indício que constata a sua inoperância fática e jurídica²²⁰.

Levando em conta os desdobramentos do Estado Novo e sua relação com as disposições transitórias, pode-se perceber que, apesar de respeitar tecnicamente a característica da temporalidade inerente a estas normas, assim como as demais normas da Constituição, a sua aplicação foi ignorada, ressaltando a proeminência do art. 180 (combinado com os arts. 73 a 89), que faticamente, sepultou qualquer possibilidade de instituição de Estado de Direito, no que tange à ideia de controle recíproco entre os poderes e cumprimento da Constituição, haja vista que, nesse período, normas constitucionais instituidoras de direitos e garantias individuais foram suspensas por decreto.

Importante mencionar que, numa tentativa frustrada de empreender uma manobra de resistência à derrocada do regime ditatorial de Vargas (leis constitucionais n.º 08, 09, 12, 16 e 17), foram as primeiras disposições transitórias que sofreram modificação por meio de emenda constitucional, permitindo as eleições parlamentares e a alteração do art. 175, delimitando o mandato do Executivo, o que propiciou o desenlace da ordem constitucional vigente.

3.3.3.5. A Constituição de 1946

A discussão sobre as disposições transitórias na constituinte de 1946 retrataram um contexto de maturidade e preocupação com a técnica legislativa, ressaltando a importância e a finalidade dessas normas no assentamento das bases na nova ordem constitucional, visando a redemocratização do Estado brasileiro. Entendendo a distinção e a conexão entre as normas permanentes e transitórias, o constituinte Crepori Franco, no âmbito da regulação dos mandatos do atual e dos futuros presidentes, reforça o comprometimento de ambas as espécies normativas²²¹.

A Constituição de 1946 estabelece, nas disposições gerais (art. 218), a seguinte

220 FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de direito constitucional brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

221 BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/11754>>. Acesso em: 13 mar. 2019. “Embora se trate de assuntos conexos, como V. Exa. diz, há distinção profunda entre as disposições permanentes e as transitórias. Permanentes são aquelas que vão figurar permanentemente na Constituição; transitórias são aquelas que visam justamente compor a situação atual. O que podemos discutir nas disposições transitórias é o atual mandato; não a regra, não o princípio. Além disso, se já deliberamos sobre assuntos conexos com os das disposições transitórias, por que não votarmos também esses”.

determinação: “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 da sua publicação”. Infere-se, por uma interpretação despretensiosa desta regra, que normas constitucionais e ADCT seriam espécies normativas diversas.

Entretanto, levando em conta a estrutura das constituições brasileiras e de outras normas fundamentais latinas, não é novidade que o legislador as trate como um anexo da Constituição, classificando-as como normas de mesma estatura, tendo em conta a tarefa de agregar regras de importância material equiparável às do texto permanente, apesar de, também, arregimentar disposições não apenas desprendidas do conceito material de norma constitucional, mas outras que extrapolam o senso da moralidade jurídica e que são faticamente inalcançáveis.

Cabe, aqui, a crítica feita, por Pontes de Miranda²²², ao constituinte de 1946 ao trazer normas constitucionais que destoam das regras atinentes ao direito intertemporal, indicando existir uma confusão entre as expressões “direito transitório” (sentido lato) e “direito intertemporal (sentido estrito).

Em texto apartado, a Constituição de 1946 trouxe 36 (trinta e seis) artigos, denominando-as “Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”, empregando uma numeração própria. Tratou de um extenso rol normativo²²³, tendo em conta a reformulação da concepção de Estado que se pretendeu suplantar, mas que, de um modo geral, não destoam da proposta encetada pelas constituições republicanas anteriores. Além das questões técnicas, aparecem desconexas diversas concessões generosas a situações pontuais.

Dentre outras regras, tratou sobre questões referentes: a assunção aos cargos eletivos, tempo de mandato e a definição do número de deputados por Estado; a transferência, de forma mais enfática que as outras constituições, da capital federal para o planalto central; alterações pontuais na forma federalista (criação, extinção e incorporação de entes); a criação de órgãos

222 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Henrique Cahen, 1947, p. 229, v. IV. “No Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que se promulgou no mesmo dia que a Constituição, há regras que não são de direito intertemporal, e sim de direito substancial. Sempre que apareceu o elemento ‘tempo’, o legislador constituinte tomou a norma como se fôsse de direito transitório ou intertemporal, desprezando a classificação científica das regras de direito. É o caso dos arts. 4º, 6º, 7º, 8º, 10, 18, 23, 24, 35. Poucos são, portanto, os artigos de direito intertemporal. Quase todos são de direito transitório, expressão mais larga”.

223 BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/11754>>. Acesso em: 14 mar. 2019, p. 364. O mais extenso, até então, que fora denominado pelo constituinte Barreto Pinto de “Constituição adicional”.

judiciários (Tribunal Federal de Recursos e a Justiça Eleitoral); organização do quadro de pessoal dos poderes do Estado, tratando de direito adquirido, disponibilidade e aproveitamento; a concessão de estabilidade aos servidores integrantes da FEB; a anistia aos desertores e trabalhadores penalizados por movimento paredista ou dissídios do trabalho; ainda naquela época se pensava em traçar e executar, dentro do prazo de 20 (vinte) anos, um plano de aproveitamento total das águas do Rio São Francisco e seus afluentes, bem como uma previsão constitucional para o término da obra rodoviária Rio-Nordeste.

Traz, ademais, regras de imunidade tributária aos jornalistas em relação aos impostos prediais e de transmissão pelo prazo de 15 (quinze) anos. A emenda de autoria do constituinte Café Filho garantia isenção aos jornalistas da imprensa escrita e falada. O referido deputado ressaltou, em seu discurso, o reconhecimento de que a sua condição a parlamentar federal foi catapultada pela defesa das causas da imprensa e dos jornalistas, incluindo-se nessa classe, muito embora afirmar-se isento de qualquer interesse pessoal²²⁴.

Argumentou que, apesar dos relevantes serviços prestados à ordem democrática, ganhavam salários inferiores em relação a outras atividades de menor importância, o que os impediam de adquirir a casa própria. E ironicamente, com respaldo nas constituições anteriores, justificou o desfalque ao tesouro nacional e a quebra da isonomia, nas concessões e gastos estabelecidos a determinados personagens da história brasileira²²⁵.

Nos debates constituintes, o congressista Martins Filho questiona o contrassenso da Assembleia ao aprovar, no texto permanente, a garantia de inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 141, §4º), ao mesmo tempo que, nas disposições transitórias, estabelece a sua restrição, tornando insuscetível à apreciação judicial a incorporação ao patrimônio da União dos bens dados em penhor pelos beneficiados do financiamento das safras algodoeiras, desde a de 1942 até as de 1945 e 1946²²⁶.

224 BRASIL. **Câmara dos Deputados.** Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/11754>>. Acesso em: 14 mar. 2019, p. 312-314.

225 BRASIL. **Câmara dos Deputados.** Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/11754>>. Acesso em: 14 mar. 2019, p. 312-314. Poderia ler outros dispositivos das "Disposições Transitórias" dessa mesma Constituição de 1934. Se recorro à Carta de 1891, ali encontro preceitos como o que manda conceder a D. Pedro de Alcântara, ex-Imperador do Brasil, uma pensão, e mais: que autoriza o Governo Federal a adquirir para o patrimônio da Nação a casa onde faleceu Benjamin Constant, mandando seja nela colocada uma lápide comemorativa do nascimento daquele ilustre propagandista da República.

226 BRASIL. **Câmara dos Deputados.** Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/12115>>. Acesso em: 14 mar. 2019, p. 5-6. "Custa crer que a mesma Assembleia, que votou unanimemente o primeiro princípio, aliás constante de todas as constituições democráticas dos países civilizados, venha, mesmo em disposições transitórias, abrigar uma exceção a tão salutar e moralizadora norma jurídica". E continua em sede de declaração de voto: "O artigo 41 (do projeto) tal qual se

Em sentido contrário e com justificativas de mesma estatura, o constituinte Clemente Mariani ressalta a dimensão soberana do poder constituinte ao buscar corrigir os equívocos cometidos pelo governo ditatorial, criticando os decretos-leis e os contratos dos financiamentos em total desacordo com a legislação civil vigente, projetando aos futuros governos potenciais condenações judiciais que importariam severos prejuízos ao erário público: “O razoável, o moralizador seria, não afetarmos a Constituição com esse horrroso dispositivo, mas deixar que os interessados recorressem livremente ao Poder Judiciário, se se julgassem lesados; e, se por acaso, o Tesouro fosse prejudicado pelos defeitos apontados nos decretos-leis e contratos [...]”²²⁷.

Por fim, importante frisar o traço característico do ADCT em, simbolicamente, render homenagens por meio da criação de um monumento a Rui Barbosa, jurista influente no desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro²²⁸, como também a concessão de honraria de marechal do Exército brasileiro, ainda em vida, ao General de Divisão João Batista Mascarenhas de Moraes, comandante das forças expedicionárias durante a segunda guerra mundial²²⁹.

3.3.3.6 A Constituição de 1967 e a EC nº. 01/69

A Constituição Federal de 1967 foi o resultado da tentativa inócua de empregar legitimidade ao regime ditatorial, respaldado por manifestos atos simpatizantes de parcela da sociedade, dos interesses externos em razão da intensificação das disputas decorrentes da Guerra Fria e da instabilidade do próprio governo provisório dos militares²³⁰.

acha redigido é uma monstruosidade jurídica. Fechamos a Constituição Brasileira com uma estrada de rodagem e a declaração expressa do nosso pavor pelo Poder Judiciário Nacional. Todos poderão doravante pleitear contra a União, menos a classe algodoeira do Brasil. No ato final de outorga dos direitos fundamentais do povo, para-se o acesso aos tribunais dos que se julguem vítimas da espoliação de um Governo”.

227 BRASIL. **CÂMARA DOS DEPUTADOS**. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/12115>>. Acesso em: 14 mar. 2019, p. 5-6.

228 BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/12155>>. Acesso em: 14 mar. 2019, p. 147-148. Uma das preocupações com a aprovação da emenda dos constituintes Nereu Ramos e Prado Kelly era a de garantir a dotação de verba para a construção do monumento, evitando a demora, em mais de 40 anos, para a ereção dos outros monumentos em homenagem a Deodoro da Fonseca e Benjamin Constant.

229 BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/12115>>. Acesso em: 14 mar. 2019, p. 106-112. Conforme extenso registro da Constituinte de 1946, o General Mascarenhas de Moraes foi recebido, durante o processo de elaboração da constituição, como um dos principais responsáveis pela restauração da democracia e da liberdade, tendo em conta a vitória sobre o nazi-facismo pela participação de confrontos em solo italiano.

230 REIS, Daniel Aarão. As armadilhas da memória e a reconstrução democrática. In: **Democracia em risco?** 22 ensaios sobre o Brasil hoje. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. O autor retrata que o processo de redemocratização no Brasil é marcado por um silêncio ensurdecido, ressaltando que a sociedade brasileira, em

A convocação extraordinária do Congresso Nacional, pelo Ato Institucional 4, para discutir e votar, em pouco menos de um mês e meio, uma proposta de constituição indicou as pretensões da “obra revolucionária” ou, como o próprio congressista Lima Filho asseverou, uma “polaquinha”²³¹. Aquela foi estruturada sob o pretexto de resguardar uma democracia que, no plano prático, representava a institucionalização do arbítrio, repisando o caminho enveredado pela Constituição de 1937, já que, apesar das duras críticas recebidas, o anteprojeto passou ileso em relação às questões fundamentais²³².

Ao manifestar a sua incredulidade em relação ao pretensioso projeto de constituição, o congressista Josaphat Marinho contesta em conteúdo e técnica a sua estrutura, indicando a agressividade de regras de excepcionalidade no corpo do texto permanente, além da norma transitória que institui a insuscetibilidade do controle jurisdicional dos atos do governo revolucionário e decorrentes destes.

Essa regra conferia a irresponsabilidade pelos atos já praticados, bem como em relação aos que ainda seriam realizados durante o regime militar, forçando o Congresso a avaliar o que desconhecia, apesar de que tinha fortes indícios do que se esperaria. Pode se tomar, por exemplo, a edição do AI-5 no ano seguinte à promulgação da Constituição, que reforçou nos art. 5º, §2º e 11, a blindagem dos atos paralelos em face do controle jurisdicional, bem como a mitigação dessa garantia fundamental pela EC nº 07/77, possibilitando o condicionamento do acesso ao exaurimento das vias administrativas (art. 153, §4º)²³³.

Acerca desse regramento, Wilson Martins, questionando a habilidade legislativa em unir disposições gerais e transitórias, assevera que: “Está êsse artigo, realmente, nas disposições transitórias, as quais, aliás, no projeto vem de cambulhada com as disposições gerais, ainda aqui numa flagrante falta de técnica legislativa”²³⁴. No mesmo sentido Arruda

grande parte dos setores representativos de interesses, resolveu simplesmente esquecer o seu passado para reescrever uma nova história, ocultando fatos relevantes do regime ditatorial. Não se pode olhar do futuro com uma visão, puramente, de negação do passado.

231 BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1967/1967%20Livro%206.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2019. O congressista Wilson Farias ressalta que, além do exíguo prazo para discutir a proposta, as regras de tramitação foram definidas previamente pelo Presidente da República, colocando o Congresso Nacional em situação de mero instrumento referendário de uma vontade ilegítima.

232 Para ver posicionamento contrário no sentido de que a Constituição de 1967 não foi outorgada: BARRUFINI, José Carlos Toseti. **Revolução e poder constituinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

233 Sobre a limitação do controle de atos jurisdicional na época do regime militar ver: WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra ato jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

234 BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1967/1967%20Livro%206.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2019, p. 286-287.

Câmara: “a redação não é das mais felizes: as Disposições Gerais não são transitórias, e as Disposições Transitórias, de maneira mais frequente, não são Disposições Gerais. De maneira que se deveria suprimir essa expressão ‘Gerais’”²³⁵.

Antes mesmo de tratar sobre a estruturação das normas transitórias elencadas por esta Constituição, faz-se premente registrar que os dezessete atos institucionais (AIs) criados entre 1964 e 1969 revestiram-se, aparentemente, de atos transitórios direcionados a operacionalizar uma “dita revolução” provisória, voltada, conforme o preâmbulo do AI-2, a “erradicar uma situação e um Governo que afundavam o País na corrupção e na subversão”.

Em vez de servirem como atos normativos transitórios, até o advento da Constituição de 1967, os atos institucionais foram ratificados, nas disposições gerais e transitórias, pela EC n.º. 01/69 e constitucionalmente blindados do controle jurisdicional. Ao tempo em que usurparam a titularidade do poder constituinte manifestado na assembleia para a Constituição de 1946, revestiam-se, nesse sentido, em manifestação de poder constituinte originário.

Representaram medidas (AIs) que objetivaram a perpetuação de um governo ilegítimo que ainda durou vinte e quatro longos anos, reforçando a ideia de um poder constituinte originário ordinário, permanente e centrado no Executivo, tendo força de normas constitucionais, que não apenas modificaram ou suspenderam normas da Constituição vigente, mas tocaram em questões sensíveis relativas às liberdades fundamentais e a organização dos poderes em todos os níveis da federação, demonstrando, no geral, a inabilidade nos governos que se sucederam²³⁶.

Esse mesmo poder constituinte contínuo mostraria, dois anos mais tarde, a sua força de refazer, por EC n.º. 01/69, uma nova constituição. Diante de atos que buscaram neutralizar o Estado de Direito legítimo, Marmelstein afirma a ocorrência de um esvaziamento constitucional durante o regime dos militares²³⁷.

“Em outras palavras, o Ato Institucional n.º 2 concebia a si próprio como instrumento revolucionário e, ao mesmo tempo, mecanismo de reforma constitucional. Em um mesmo e

235 BRASIL. **Senado Federal**. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1967/1967%20Livro%206.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2019, p. 416.

236 FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **A Constituinte instituída**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/download/60055/58375>>. Acesso em: 14. fev. 2019.

237 MARMELSTEIN, George. *25 anos da Constituição Federal de 1988: presente, passado e futuro*. In: ROCHA, Maria Vital da; CARVALHO, Paulo Rogério Marques de. **25 anos da Constituição Federal de 1988: os direitos fundamentais em perspectiva**. Fortaleza: Expressão gráfica, 2013, p. 14.

ambivalente movimento, afirmava e suspendia a vigência constitucional”²³⁸. Nesse sentido, sem as balizas principiológicas da democracia e a inegociável observância dos direitos humanos, a manifestação de um poder constituinte que não se desprende do seu criador torna o direito uma arma destrutiva das liberdades fundamentais, fazendo da constituição o seu álibi, ou seja, um mero instrumento retórico de realização de interesses escusos e que escapam de um fundamento legítimo.

É o grande paradoxo das constituições outorgadas. Ora, se uma constituição, dentro de uma proposta de constitucionalismo clássico, propõe-se a ideia de limitação do poder, como é possível um poder irruptivo e que se fundamenta em algo imposto por ele mesmo, pode servir de elemento central para o controle dos seus próprios atos pela sociedade? Na verdade, esta constituição serve de mecanismo de controle da sociedade e como mero ato justificador desse controle pelo poder instituído arbitrariamente.

A Constituição da ditadura militar trouxe, no Título V (Das disposições gerais e transitórias), dezesseis disposições tipicamente transitórias, focando em aspectos de: eleições e mandato dos poderes; a preservação de direitos adquiridos referentes à vitaliciedade de professores catedráticos e titulares do ofício de Justiça, estabilidade no cargo, aposentadoria, estabilidade no serviço público e a concessão de privilégios a ex-combatente na II Guerra Mundial; organização dos poderes do Estado e da economia; o reconhecimento da posse e o direito ao usufruto dos recursos naturais aos povos indígenas; a exigência de conformação normativa das constituições estaduais no prazo de sessenta dias; a conhecida cláusula de imunidade ao controle jurisdicional dos atos praticados sob a égide dos AIs²³⁹.

Além dessas previsões, ressalta-se a tradição constitucional em venerar os seus mártires, ao se comprometer, no art. 187, a erigir um monumento em homenagem a Luiz Alves de Lima e Silva (o Marechal Duque de Caxias, o patrono do Exército brasileiro) em seu local de nascimento, mas o mencionado dispositivo foi revogado pela EC nº 01/69. Registre-se que, antes mesmo da determinação constitucional, no início da década de 1960, após um grande

238 BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. 2. reimp. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016, p. 80.

239 FERREIRA, Waldemar Martins. **História do direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 1954, p. 112. A cláusula de “anti-judicialismo”, referida por Waldemar Martins Ferreira e presente nas Constituições de 1934, 1946 e 1967, contrasta com a regra da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV), cláusula geral das garantias em qualquer sistema que se proclame Estado de Direito. Tal previsão obstou a discussão judicial sobre a existência de abuso ou ilegalidade dos agentes do Estado, representando um grave indicio de acobertamento de violações às liberdades constitucionais. Por isso, a garantia fundamental de acesso à justiça é uma premissa elementar do conceito de constitucionalismo moderno, subjungando o cidadão a condição de mero súdito do arbítrio de um poder exercido sem limites legítimos.

movimento da sociedade paulista iniciado no regime de Vargas²⁴⁰ (Decreto-lei nº 2805/40), foi erigido, na cidade de São Paulo, um suntuoso monumento, sendo considerado um dos maiores do mundo²⁴¹.

Apesar da preocupação em buscar respaldo numa constituição outorgada, o texto de 1967 foi revogado pela Emenda constitucional nº. 01 de 1969, ato normativo editado pelos ministros das forças armadas, que, de súbito, instituiu praticamente uma nova ordem jurídica, levando Bonavides²⁴² a considerar, no curso da história constitucional brasileira, a existência de um poder constituinte paralelo. Esta emenda foi responsável pela reformulação parcial dos atos transitórios, gerando um total de dezenove regras, que confirmaram a arquitetura do golpe de 1964, valendo-se dos instrumentos jurídicos com o objetivo de conferir permanência e legitimidade a um evidente estado de exceção permanente.

Foram adicionados alguns dispositivos de relevo como a instituição de vencimentos vitalícios, equiparados aos dos ministros do STF, a ex-presidentes da república, bem como o auxílio irrestrito à assistência médica e hospitalar aos auspícios da União (art. 184) e as regras de organização das instâncias federativas do legislativo, bem como de eleições. Percebe-se, no Título V das disposições gerais e transitórias, a prevalência de normas gerais, tendo em conta a insuscetibilidade à característica mais peculiar da norma transitória, que é o exaurimento.

3.3.3.7 O ADCT na CF/88: o depósito residual do esforço constituinte e o apego à normatização

A Constituinte de 87/88, desde a instalação até a promulgação, representou um cenário de disputas intensas entre progressistas e conservadores a respeito do conteúdo do texto constitucional. Ela representou um marco importante do constitucionalismo brasileiro por agregar, ao processo de concepção da Constituição de 1988, a participação das mais diversas

240 RIBEIRO, Ana Carolina Fróes. **Tradição, nacionalismo e modernidade**: o monumento Duque de Caxias. 2006. 258f. Dissertação (Mestrado em Teoria e História da Arquitetura e do Urbanismo). Escola de Engenharia, Universidade de São Paulo, São Carlos: “Da mesma maneira, com o papel decisivo que exercera na manutenção da unidade e integridade nacional, de ‘Pacificador da Nação’, a figura de Caxias obviamente interessava à ditadura centralizadora de Getúlio Vargas”. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/18/18142/tde-16042007-092110/pt-br.php>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

241 BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.805, de 22 de Novembro de 1940**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/PublicacaoSigen.action?id=527899&tipoDocumento=DEL&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 19 de mar. 2019.

242 ANDRADE, Paes; BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

camadas da sociedade. A busca pela suplantação do regime militar se deu sob as incertezas de sua operacionalização e uma forte influência do passado, mas também com a esperança de afirmação de um constitucionalismo social pouco experimentado ou de baixa intensidade.

O desenlace do regime ditatorial, ao contrário do que poderia sugerir uma descontextualizada abordagem sobre a manifestação do poder constituinte na história pátria, não se deu por ruptura ou confrontação radical, mas se configurou como um lento e custoso processo de superação normativa, política e cultural. Apesar disso e de todas as expectativas da doutrina constitucionalista sobre a reabertura democrática, não houve tempo hábil para o desenvolvimento de uma reforma estrutural do Estado e de suas instituições que possibilitasse um estalo de mudança sistemática e significativa.

A vontade de uma nova constituição se confundia com a manutenção do contexto normativo anterior e de seus mandatários. Nesse sentido, Telles Jr.²⁴³ se refere à presença de senadores eleitos em pleito anterior à convocação das eleições constituintes, fato abertamente discutido nos atos preparatórios da Assembleia, e a forma de convocação (EC nº 26/85) como atos representativos de uma completa ilegitimidade. Não se concorda com esse posicionamento, na medida em que ele resgata do imaginário político e de premissas idealísticas do constitucionalismo moderno um formato padrão de ser e de se comportar do agir constituinte, capturando-o de sua situação histórica.

Apesar dos discursos retóricos e das incertezas, é irrefutável que, ao ser comparada com as demais manifestações constituintes, a Constituição Federal de 1988 ofusca um passado que a doutrina da efetividade insiste em não superar dialeticamente, mas, tão apenas, esquecê-lo²⁴⁴. E não poderia ser diferente, pois a constituinte é um processo cujas nuances são definidas de acordo com a dinâmica social de cada manifestação. Cada fato dentro de seu tempo histórico, sem padrões estáticos, continuísmos ou rupturas absolutas.

Os embates entre o passado e o presente justificaram o cenário de batalha política constante dos trabalhos constituintes. A sua organização regimental desenhou uma paisagem de fragmentação dos assuntos definidos como imprescindíveis à composição da nova ordem, instituindo: 08 comissões temáticas e, em cada uma delas, 03 subcomissões (24, no total),

243 TELLES JR., Goffredo. **A Constituição, a Assembleia Constituinte e o Congresso Nacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

244 LYNCH, Christian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade*. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 974-1007, Jun. de 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000200974&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 mar. 2019.

além da comissão responsável por sistematizar as propostas em um anteprojeto base e submetê-lo à assembleia constituinte.

A Resolução nº 02/87 era expressa (art. 15, § único²⁴⁵) ao asseverar que as comissões e subcomissões deveriam apresentar, juntamente, com as suas propostas, as regras pertinentes às disposições gerais, finais e transitórias, sendo papel da Comissão de Sistematização neutralizar as prováveis incongruências, até porque seria ilógico pensar numa comissão autônoma para propor regras auxiliares sem antes uma compilação de propostas de normas permanentes.

O ato das disposições constitucionais transitórias, nesse contexto, emergiu, assim como a própria constituição, de um complexo quebra-cabeça, onde, em cada anteprojeto, constariam regras transitórias voltadas à regulação das matérias de competência dos respectivos grupos temáticos, além daquelas que poderiam ser ajustadas e criadas pela própria comissão responsável por sistematizar as normas da Constituição.

A abertura para a fragmentariedade potencializou a mistura normativa das regras de transição. Ou seja, se já seria difícil juntar os pedaços para compor os títulos, capítulos, seções e subseções, sistematizar o que, por sua própria natureza diversificada, não possui começo, meio e fim seria ainda mais complicado.

Pilatti retratou com precisão as tensões em torno do conteúdo do ADCT, tendo a necessidade de comunhão de interesses diversos denominando-os de “trens da alegria”²⁴⁶. No espaço onde não existe temática de abordagem, tudo é possível. Essa foi aparentemente a visão do constituinte, bem como do poder constituído, como será possível comprovar nos capítulos seguintes.

Dentre as questões de maior articulação política e que simbolicamente denota esse processo de negociação de interesses no contexto do ADCT, tem-se o tema da extensão do mandato do então Presidente da República, José Sarney. Nos termos em que preconizava a

245 Art. 15, § único – “As Comissões e Subcomissões, além das atribuições previstas neste Regimento, elaborarão as Disposições Gerais e as Disposições Transitórias e Finais, relativas às temáticas de suas competências, cabendo à Comissão de Sistematização, além de compatibilizá-las, a elaboração do Preâmbulo”.

246 PILATTI, Adriano. **A constituinte de 1987-1988**: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. Rio de Janeiro: Lumen Juris/PUC Rio, 2008, p. 274-275: “Em 1º de junho, iniciou-se a votação da emenda substitutiva do Centrão para o Título IX, o último e mais problemático da futura Constituição: pela sua própria natureza, continha as disposições que deveriam reger o trânsito de uma ordem constitucional para outra e, portanto, era o lugar das exceções às regras gerais constantes das disposições permanentes dos demais Títulos. Como permitira a R-3/88, o Centrão apresentara um substitutivo total ao título, repleto de concessões aos interesses econômicos, regionais, corporativos então estabelecidos: os chamados *trens da alegria*, relativos a situações funcionais e remuneratórios dos servidores, e a favores fiscais, tributários e financeiros ao setor privado”.

Constituição de 1967/69, o texto permanente da CF/88 manteve o tempo de mandato do presidente em 05 (cinco) anos²⁴⁷.

A questão é que, logicamente, com o advento da nova ordem, a eleição direta do chefe do executivo ocorreria no final do mesmo ano de sua promulgação. Entretanto, a reformulação da proposta inicial do ADCT permitiu a manutenção dos 05 (cinco) anos ao governo de transição, desvelando o poder de influência de Sarney nos trabalhos da constituinte e a histórica dissidência interna no PMDB²⁴⁸.

Além dessa questão, outros temas de relevância entraram no debate sobre o conteúdo do ADCT, tais como: a extensão da anistia, a inclusão da revisão constitucional, a confusa regra da estabilidade na administração pública, a dívida externa, a constitucionalização da Zona Franca de Manaus, a criação do Estado de Tocantins, as concessões às comunidades negras descendentes de quilombolas e demarcação de terras indígenas.

Houve, conforme registrado nos anais da Comissão de Sistematização, o cuidado com a divisão entre normas permanentes e transitórias, sendo que muitos dispositivos daquela parte acabaram sendo transferidos para o ADCT, evitando, assim, um maior prejuízo à coerência entre os dispositivos eleitos pelo legislador constituinte.

A técnica de elaboração das normas constitucionais está imersa, muitas vezes, em um contexto conturbado de superação normativa, o que acarreta a pactuação de acordos que acabam por reproduzir regras aparentemente desconexas ou ilógicas sob o aspecto da sistematicidade, mas que fazem todo sentido no plano dos fatos e, em especial, na seara política.

Apesar do processo de criação das normas infraconstitucionais e das emendas à Constituição também transitarem pela complexa teia da política, suas discussões partem de um referencial normativo, que institui limites que gravitam entre a logicidade dos institutos e o plano da validade. As normas originárias, em que pese o comprometimento com o passado historicamente situado, estão vocacionadas ao novo, sem a obrigação de atender a um padrão

247 A vitória, no curso do congresso constituinte, para um mandato de 05 (cinco) anos do presidente da república, seria a porta de entrada para que, meses depois, José Sarney conquistasse a extensão de seu mandato, que se deu por eleições indiretas e na condição de sucessor de Tancredo Neves. Texto posteriormente alterado pela EC n° 16/97, que reduziu para 04 (quatro) anos com a possibilidade de reeleição para um único período subsequente.

248 PILATTI, Adriano. **A constituinte de 1987-1988**: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. Rio de Janeiro: Lumen Juris/PUC Rio, 2008. NOBLAT, Ricardo. **Coisas da política**: Porque Sarney governará 5 anos (*Jornal do Brasil*, 21 de junho de 1988). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/111601/01_05%20jun88%20-%200072.pdf?sequence=1>. Acesso em: 03 mar. 2019.

procedimental ou a um fundamento de validade.

A sua dimensão política e a sua supremacia formal estão diretamente vinculadas aos propósitos que pretende atingir, repercutindo em distinções evidentes que vão desde o processo de formação à textura dos seus dispositivos. E no contexto de manifestação do poder originário não se pode exigir muito, principalmente quando se está diante um texto constituído por uma considerável diversidade de autores.

A maior preocupação do legislador constituinte foi a de separar as normas transitórias das permanentes, como também corrigir a atecnia da Constituição de 1967 (EC nº 01/69) ao dividir as disposições gerais das transitórias. Não há sequer título, capítulo, seção ou subseção objetivando propiciar um corpo normativo lógico e, pela análise comparativa entre diplomas normativos internos e estrangeiros, de fato, não há comprometimento em realizar essa tarefa, apesar de ser possível verificar um padrão de assuntos tratados no ADCT. Trata-se de uma forma de organização que não destoa das outras constituições brasileiras.

No ADCT o componente político aparece ainda mais forte, importando na criação de regras que extrapolam o razoável e que atentam não apenas contra a técnica legislativa, mas em face da própria efetividade da política constitucional. Isso é sutilmente observado nas normas originárias, mas agrava-se quando analisadas as reformas constitucionais às normas transitórias. Por isso, acerta Horta²⁴⁹ ao definir enfaticamente o Título IX da Constituição de 1988 como um espaço residual, onde o constituinte agregou tudo aquilo que não comportava o texto permanente, tendo em conta a confrontação lógica.

O anteprojeto Afonso Arinos de Constituição democrática²⁵⁰, ao contrário, blindado de influências fragmentárias e externas, mas ensimesmado em suas próprias, trouxe uma proposta de disposições transitórias vinculada às finais, resultando em 32 (trinta e dois) artigos, que, aparentemente, atentavam na objetividade²⁵¹, oferecendo pouca margem para a inserção

249 HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

250 PILATTI, Adriano. **A constituinte de 1987-1988**: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. Rio de Janeiro: Lumen Juris/PUC Rio, 2008, p. 21. “Também a chamada ‘Comissão Arinos’ foi mal recebida pelos progressistas, que viam aí uma tentativa espúria de interferência presidencial na agenda temática da futura Constituinte. A tentativa de impedir a aprovação da Emenda Sarney foi mal-sucedida; já com a ‘Comissão Arinos’ passou-se a algo singular: alvo de grande polêmica na imprensa escrita, sua composição foi adequada aos interesses emergentes no processo de transição, seus trabalhos foram intensamente acompanhados, noticiados e criticados e disso resultou a entrega formal de um ‘Anteprojeto de Constituição’ cujos conteúdos parlamentaristas, democratizantes e ‘progressistas’ não se afeiçoavam às expectativas de Sarney”.

251 Apesar de questionável a ideia de um anteprojeto como pressuposto de manifestação de uma convenção constituinte, algumas propostas elencadas no texto de Afonso Arinos eram bem pertinentes e outras retomadas, em sede de discussão, pelo Congresso Nacional no contexto da reforma constitucional e da elaboração da legislação infra, tais como: a criação da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a extinção do cargo de juiz classista na justiça do trabalho e a extinção da justiça militar.

de matérias desnecessárias, ao menos sob uma perspectiva técnica, ao texto constitucional.

O que mais desperta a atenção é o apego à normatização dos interesses em disputa, restando a dúvida se o legislador alimentaria propositadamente um simulacro normativo, tomando a situação como uma oportunidade de aprisionar a vontade soberana em uma teia de promessas irrealizáveis; ou se a vontade de mudança superou a racionalidade do que era factível, ao confundir a manifestação constituinte como o ápice do processo de transição em que o novo fulminaria o velho de forma integral; ou se, ainda, almejava de fato uma transformação social pela simples promulgação.

Grafar no texto constitucional uma aparente solução em face da deficiência do Estado brasileiro foi uma obsessão da constituinte e que tem sido reproduzida pelo poder reformador, em várias ocasiões, por meio da modificação das disposições transitórias, conforme será analisado no último capítulo desta tese.

O atual modelo de Estado Democrático representou uma situação singular da evolução constitucional, concentrando na Constituição a esperança de uma sociedade que, tomadas as devidas proporções, pouco vivenciou, sob a égide da legalidade, o exercício de liberdades elementares. A transição ocorreu num contexto de avanços e retrocessos, em que a emergência do novo não saiu ileso dos vícios autoritários e clientelistas herdados no curso da história e que, a cada movimento constituinte, assombra a normatividade da Constituição, o que não representa um traço incomum.

A par disso, ressalte-se a predileção do constituinte de 1988 em inserir uma série de normas sem conteúdo material, sobretudo por influência dos grupos de pressão, que, numa batalha acirrada, disputaram palmo a palmo o prestígio constitucional de suas aspirações. De todo modo, é inquestionável que a CF/88 anuncia novos ares ao constitucionalismo nacional, inserindo, ainda que tardiamente, o Estado brasileiro no influxo, pós-queda do muro de Berlim, dos ventos democráticos.

A Constituição Federal de 1988 trouxe um rol extenso de normas transitórias que, sob o aspecto da teoria constitucional, não comportariam, *prima facie*, o conceito material de norma constitucional e que possuem natureza jurídica questionável em relação à característica da temporalidade. O texto originário da Constituição trouxe 70 (setenta) artigos em sede de ADCT, resultando em um total de 242 dispositivos (artigos, parágrafos, incisos e alíneas), que buscou congregiar diversas situações, desde as pertinentes à organização do Estado à concessão de direitos a grupos ou categorias de trabalhadores.

3.3.4 Avanços e traços em comum do ADCT com o advento a Constituição Federal de 1988

Após esse esboço histórico sobre o papel dos Atos das Disposições Transitórias nos processos de transição constitucional, cumpre apresentar estudo comparativo para perquirir o nível de influência das constituições anteriores. Por mais que se queira colocar na conta da suposta plenitude de manifestação do poder constituinte (1987/1988) a imprecisão e a incongruência por certas opções políticas e normativas, é possível constatar inovações, mas também a reprodução da herança constitucional anterior, principalmente, porque nada de novo se ergue sem considerar os seus antecedentes.

Quanto à técnica, pode-se perceber que o ADCT da CF/88 possui traços característicos com os textos anteriores, na medida em que representa um repositório de atecniais pelo motivo de que é um espaço, dentro do texto constitucional, de maior liberdade para inserir matérias diversificadas e que não toca, muitas vezes, nas questões centrais da instituição do Estado e que, em regra, não possuem conteúdo material de norma constitucional, resultando mais em um excesso de preciosismo e simbolismo do que propriamente em um imperativo à garantia de normalidade da transição, apesar de ser inquestionável a importância instrumental.

Em que pese constatar esse quadro, há regras, na constância da história do ADCT, que atendem à natureza transitória, tais como: transição e ocupação dos cargos eletivos, exercício do poder constituinte decorrente, preservação de direito adquirido, organização administrativa e territorial. Tanto o ADCT das constituições brasileiras como os das constituições latinas não prezam pela sistematização das matérias, compilando um emaranhado de regras, em sua grande maioria, desconstruídas, principalmente após as inclusões realizadas pelo poder reformador²⁵².

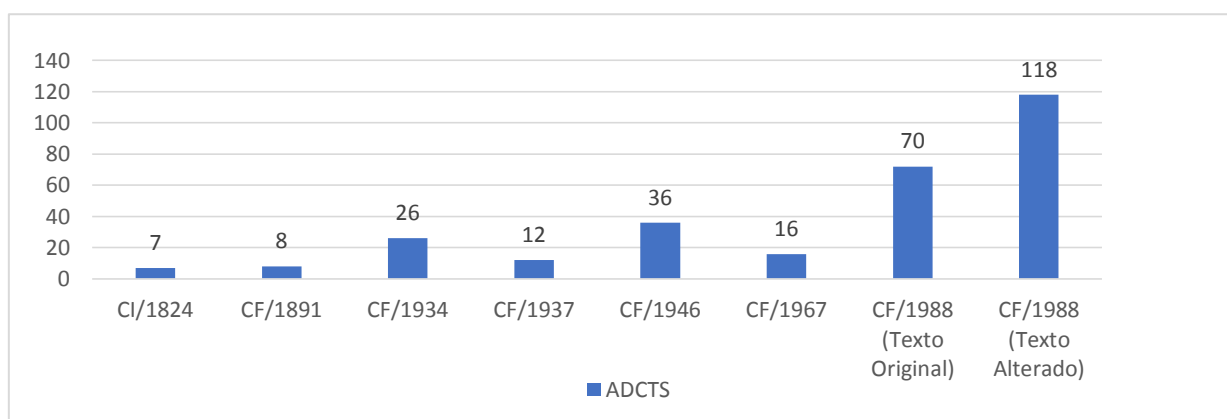
Quanto à extensão, além de ser a constituição mais extensa no que se refere ao texto permanente, também possui o maior número de dispositivos transitórios. Enquanto as outras constituições são mais comedidas, a CF/88 possui um rol expressivo de normas transitórias,

252 A título de comparação normativa com alguns países da América do Sul, encontrou-se um cenário diversificado, sendo o modelo colombiano o mais próximo do brasileiro: Constituição da Bolívia (numeração autônoma e 10 disposições transitórias), Constituição do Peru (numeração autônoma, 16 disposições finais e transitórias, 02 disposições transitórias especiais e 03 modificações constitucionais), Constituição da Argentina (numeração autônoma e as 17 disposições transitórias), Constituição do Paraguai (numeração autônoma e as 20 disposições transitórias), Constituição do Uruguai (numeração autônoma e 29 disposições transitórias), Constituição da Colômbia (numeração autônoma e 67 disposições transitórias): o legislador colombiano reuniu, no texto original, 59 (cinquenta e nove) dispositivos voltados a garantir uma transição normativa sem maiores surpresas, além de 08 (oito) artigos transitórios incluídos por reforma constitucional.

que, se levar em consideração as emendas constitucionais promulgadas até o momento (118 artigos)²⁵³, ultrapassa a soma de normas transitórias de todas as constituições anteriores.

À Constituição de 1946, assim como a de 1988, sucederam regimes autoritários e, por coincidência, aparecem como as que possuem disposições transitórias. O gráfico abaixo possibilita uma visualização das oscilações legislativas em relação ao ADCT nas constituições brasileiras:

Tabela 1 – Análise comparativa em relação à quantidade de dispositivos transitórios nas Constituições brasileiras.



Fonte: dados da pesquisa.

Quanto ao conteúdo, há um ponto comum existente nas constituições brasileiras e que surge com maior protagonismo na CF/88, são os processos de transmissão e exercício dos cargos políticos das unidades federativas, que, em determinada opinião, representa um dos principais pontos de tensão numa transição constitucional.

Paralelamente a isso, orbita um sem número de matérias que pontualmente convergem a uma mesma temática, tais como: a preservação de direitos adquiridos de servidores públicos e aposentados, a gradual mudança na organização administrativa, econômica, a criação de instituições etc. Observa-se como aspecto imanente às constituições brasileiras que o espaço reservado ao ADCT guarda, não apenas, um papel de servir à transitoriedade, mas também de um simbolismo que se reporta ao patrimonialismo e ao personalismo dos heróis imortalizados pela história oficial.

Cite-se, como exemplo, a regra da estabilidade no serviço público aos trabalhadores,

²⁵³ Além dos 44 (quarenta e quatro) artigos, ressaltam-se o art. 54-A, art. 76-A, art. 76-B e art. 92-A.

vinculados por contrato à Administração Pública, possam permanecer exercendo suas atividades como servidor público equiparado. Tal regra, presente na Constituição de 1967 (art. 177, § 2º) foi parcialmente reproduzida na CF/88 (art. 19, ADCT), numa clara violação à regra do concurso público, além de onerar os cofres públicos com a admissão definitiva sob o argumento de se evitar potenciais prejuízos à prestação de serviços.

Quanto à eficácia social do ADCT, pode ser aquilatada pelo respectivo grau de normatividade de cada constituição. O ADCT da Constituição de 1988, apesar do pouco protagonismo nas constituições anteriores, ganharam uma dimensão efetiva no que diz respeito à operacionalização da transição para a atual ordem democrática, bem como no curso do processo de realização dos objetivos da CF/88, tendo em conta a incorporação, ainda que tardia, das premissas do constitucionalismo contemporâneo, sobretudo a ideia de força normativa da Constituição.

Ao contrário do que se verificou em outras ordens, a atual prioriza, como método de efetivação de suas normas e estabilidade das instituições, a autoridade do Congresso Nacional, bem como estatui, pela cláusula geral das garantias processuais (art. 5º, XXXV), o controle jurisdicional dos atos anteriores à Constituição Federal, de maneira irrestrita.

Quanto à modificabilidade, a única constituição²⁵⁴, objeto de emenda constitucional em seu texto transitório, foi a Carta de 1937, que realizou, pontualmente, 04 (quatro) alterações às disposições transitórias, ao passo que o poder reformador de 1988 promulgou em torno de 34 (trinta e quatro) emendas constitucionais, que não apenas alteraram o corpo dos ADCTs, mas também incluiu 48 (quarenta e oito) novos artigos ao texto original²⁵⁵. Esse elevado índice de investidas legislativas ao ADCT pode significar, como será tratado mais à frente, um grave desequilíbrio em relação aos propósitos de efetividade da Constituição Federal de 1988.

3.4 Classificação do ADCT de 1988 na doutrina constitucional brasileira

Após a apresentação contextual do processo de elaboração do ADCT na CF/88, este tópico tem por objetivo analisar a percepção da doutrina constitucional sobre o fenômeno das normas transitórias, tomando-os como referência para a elaboração de uma proposta

254 Se se considerar que a emenda constitucional nº. 01/69, ao reformar toda a Constituição de 1967, também modificou os ADCTs, ter-se-ia um terceiro exemplo, na história constitucional, de alteração de disposições transitórias.

255 Além dos 44 (quarenta e quatro) artigos, ressaltamos o art. 54-A, art. 76-A, art. 76-B e art. 92-A.

classificatória do ADCT. A opção por Raul Machado Horta, Anna Cândido da Cunha Ferraz e Luís Roberto Barroso tem motivação objetiva, pois eles trabalham não apenas sob o viés da natureza jurídica destas normas, mas com uma proposição classificatória.

Adverte-se que, muito embora tenham o mérito pela abordagem original, não tratam de trabalhos que verticalizam a discussão sobre o alcance normativo do ADCT, mas lançam conjecturas fundamentais para o desenvolvimento de estudos que buscam o aprofundamento sobre a natureza jurídica das normas constitucionais transitórias.

3.4.1 A classificação de Raul Machado Horta²⁵⁶

Raul Machado Horta trata, em seu livro de direito constitucional, sobre o direito intertemporal, avaliando a importância dos seus institutos nos processos de mediação entre mudanças normativas, enfatizando as normas transitórias da CF/88. Ao reconhecer as raízes privatistas do direito transitório, até mesmo porque as primeiras constituições escritas não traziam previsão destacada, Horta reconhece que a incorporação das normas transitórias às constituições modernas representou o movimento de entrelaçamento entre estas e o direito público, tomando corpo para abordagens de fôlego no que tange ao alcance temporal das normas constitucionais. E, apesar de não verticalizar a discussão sobre a sua natureza jurídica, a abordagem parte do pressuposto de que o ADCT é norma constitucional, que possui técnica redacional peculiar, que é a temporariedade.

A sua proposta de classificação gravita em torno de 06 (seis) categorias normativas, segmentando as normas transitórias em: 1. Normas exauridas, referentes aos ADCTs que perderam a condição original de norma jurídica pelo decurso do tempo; 2. Normas dependentes de legislação e de execução, dizem respeito às normas transitórias pendentes de regulação para cumprimento do seu comando e conseqüente exaurimento; 3. Normas dotadas de duração temporária expressa, que seriam o conjunto de normas que trazem, em sua estrutura textual, prazo definido para exaurimento; 4. Normas de recepção, instituindo a definição expressa do direito pré-constitucional que deverá integrar o novo ordenamento; 5. Normas sobre benefícios e direitos, preservando direitos adquiridos e constituindo outros; 6. Normas com prazos constitucionais ultrapassados, que, muito embora tragam prazo específico para cumprimento, ainda não foram implementadas.

²⁵⁶ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Horta, a partir da análise contemporânea do ADCT, quer ressaltar aspectos gerais sobre conteúdo e finalidade, apesar de tratar da característica central do ADCT, que é a temporariedade. Sua classificação ainda se presta a uma crítica pontual àquelas regras que, muito embora tenham prazo para cumprimento e que, portanto, poderiam ser alocadas na terceira categoria, tiveram o tempo de realização descumprido. A ausência de justificativa, de explicações sobre cada uma das categorias e de sistematicidade não retiram o mérito de uma proposta objetiva e que consegue didaticamente jogar luzes ao fenômeno das normas transitórias na Constituição de 1988.

3.4.2 A classificação de Luís Roberto Barroso²⁵⁷

Luís Roberto Barroso desenvolve uma proposta classificatória a partir de uma manifestação, em sede de parecer, sobre consulta realizada pela Confederação Brasileira de Futebol (CBF) a respeito de questões intertemporais entre o art. 25 do ADCT e a legislação anterior à CF/88, que dispõe sobre a competência normativa do Conselho Nacional de Desportos (CND).

Antes de enfrentar o mérito da consulta, procede a uma análise preliminar sobre a natureza jurídica de norma constitucional, eficácia, espécies, bem como a extensão dos seus efeitos normativos. Nesse sentido, retrata o papel dessas normas no processo de transição entre ordenamentos, ressaltando a sua funcionalidade diante da problemática existente entre a constituição nova e a anterior, bem como dos potenciais conflitos em relação ao direito pré-constitucional.

Em seguida, o jurista entabula uma classificação das normas constitucionais transitórias, dividindo-as em três espécies: a) disposições transitórias propriamente ditas, que seriam aquelas normas cujas respectivas perdas de vigência estariam sujeitas à condição resolutiva ou a termo; b) disposições de efeitos instantâneos e definitivos, concernentes, geralmente, às situações normativas de caráter organizatório, importando em perda imediata da eficácia ou marco temporal definido pela norma; c) disposições de efeitos diferidores, representando as normas que suspendem a eficácia de regras permanentes de forma temporária, condicionando o restabelecimento de sua eficácia por prazo determinado ou a fato futuro e

257 BARROSO, Luís Roberto. **Disposições constitucionais transitórias (natureza, eficácia e espécies)** - delegações legislativas (validade e extensão) poder regulamentar (conteúdo e limites). Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | vol. 1 | p. 489 - 506 | Maio / 2011 DTR\2012\993.

certo.

É uma proposta de classificação que não se prende ao conteúdo material do texto normativo, mas à identificação dos aspectos elementares da norma constitucional transitória. Não se trata de uma proposta equivocada, pelo contrário, ao mesmo tempo que é generalista ao tentar abarcar a diversidade de situações normativas do ADCT, capta sensivelmente a natureza do instituto; entretanto, está limitada a apenas um aspecto classificatório, que é o da eficácia. Poderia ter ido mais além, muito embora, no âmbito de um parecer, não se pode exigir uma maior dedicação a um tema lateral ao mérito da consulta.

3.4.3 A classificação de Anna Cândido da Cunha Ferraz²⁵⁸

Anna Cândido da Cunha Ferraz traz a abordagem sobre a natureza jurídica e a estrutura das normas constitucionais transitórias, apresentando, num contexto de dez anos de vigência da Constituição, uma proposta classificatória instigante. Sem dúvidas, representa, na literatura constitucional pátria, o estudo mais cuidadoso a respeito da tipologia das normas do ADCT na CF/88.

A autora subdivide a sua análise em dois grupos: em um primeiro momento, apresenta uma classificação geral (quanto à matéria, aplicabilidade, conteúdo, permanência ou reformabilidade e interpretação) sobre as normas constitucionais transitórias, apontando elementos comuns encontrados nessas normas para, em seguida, traçar um extenso rol, descrevendo mais de vinte e dois tipos de normas encontradas no ADCT²⁵⁹.

258 FERRAZ, Anna Cândido da Cunha. A transição constitucional e o ato das disposições constitucionais transitórias de 05.10.1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 26/1999, p. 54-68, jan-mar, 1999.

259 Este é rol apresentado pela doutrinadora: a) *regras transitórias propriamente ditas* e que se destinam à solução de conflitos; b) *regras transitórias propriamente ditas*, que fixam normas específicas que deverão vigorar até a edição da legislação exigida pela Constituição; c) *regras que fixam prazos para a efetiva regulamentação e aplicação das normas permanentes*; d) *regras que excepcionam a aplicação das normas permanentes*; e) *regras que diferem (projetam ou protelam) a aplicação de normas permanentes e gerais*; f) *regras que permitem a elaboração das leis de aplicação da Constituição, mas condicionam sua vigência a prazos*; g) *regras que permitem a elaboração de normas provisórias ou tomada de providências enquanto não forem elaboradas as leis exigidas pela Constituição*; h) *regras que criam órgãos e instituições*, mas que remetem sua efetivação à lei; i) *regras que excepcionam a aplicação de legislação ordinária anterior à Constituição*; j) *regras de recepção, que confirmam ou se remetem à legislação anterior, inclusive constitucional*; k) *regras de recepção, que reconhecem a validade de atos ou situações anteriores, mesmo sem conteúdo legislativo*; l) *regras que extinguem órgãos e incentivos se não ratificados por lei*; m) *regras que extinguem direitos ou efeitos de atos jurídicos*; n) *regras que criam direitos novos, em contradição ou à revelia das normas constitucionais permanentes*; o) *regras que ressalvam direitos adquiridos*; p) *regras que ressalvam privilégios admitidos por legislação anterior*; q) *regras que criam direitos ou privilégios, excepcionando normas permanentes ou sem qualquer relação com elas*; r) *regras que excepcionam ou concedem prazos para adaptação ou percepção de direitos previstos nas normas constitucionais*; s) *regras autônomas, que não dizem respeito à finalidade da transição*; t) *regras que fixam*

Importante ressaltar que a autora não apresenta justificativa para a definição das características que compõem a tipologia geral, muito menos o referencial normativo ou teórico para, a partir disso, criticar as escolhas do legislador constituinte de 1988, presumindo serem deduzidas do próprio ADCT.

Sem maiores pretensões de apresentar uma classificação sistemática, Ferraz enumera de forma exaustiva, praticamente, todas as prescrições normativas do ADCT, desvelando, ainda que de maneira indireta, dois aspectos sobressalentes em relação a essas espécies normativas: a temporalidade e a excepcionalidade. Essas características, corriqueiras em matéria de ADCT, unem-se a outras fundamentais para formar o complexo subsistema transitório na CF/88.

É perceptível, entretanto, que o pressuposto utilizado para estabelecer a sua classificação do ADCT parte do conteúdo do texto normativo, importando em uma divisão delongada, que é propiciada pela própria forma de concepção das normas transitórias durante o processo constituinte. É um risco teórico, portanto, extrair sentido classificatório tendo por base exclusivamente o conteúdo dessas normas, quando não há uma racionalidade pressuposta de organização da técnica legislativo, o que não é incomum ao ADCT. Ao contrário da parte transitória, o texto permanente possibilita maior clareza na definição e distinção dos conteúdos, sendo permitidas, inclusive, diversas concepções classificatórias sobre o fenômeno normativo.

3.5 Uma proposta de classificação do ADCT na Constituição Federal de 1988

Após a apresentação, de natureza descritiva, das classificações dos mencionados autores, foi possível perceber um traço característico: a tentativa de esgotar todo o fenômeno normativo por meio de uma extensa classificação. Conforme mencionado em tópico anterior, as disposições transitórias da CF/88 são um campo residual de convergência do improvável, ou seja, a tentativa de pontuar cada temática resultaria numa categorização cansativa e pouco sistêmica, ainda mais se considerar a inserções feitas pelo poder reformador. A complexidade e a mistura normativa representam um sério obstáculo ao consenso ou mesmo de tentativa de captar os elementos inerentes ao ADCT.

A classificação, em geral, surge de uma necessidade, mas, principalmente, de uma finalidade que se pretende atingir com uma determinada elaboração de categorias. Da mesma

prazos variados para as mais variadas determinações; u) normas constitucionais permanentes que dependem de lei e tiveram sua aplicação regulada pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias até a promulgação da lei; v) normas programáticas relativas a matérias que se afastam do espírito das disposições transitórias.

forma que pode auxiliar na organização e elucidação de questões relevantes, a reprodução desconectada de um propósito ou da própria aplicabilidade do conceito pode redundar na criação de dogmas ou, contrariamente, na obsolescência, sendo, inclusive, comum a diversidade classificatória sobre um mesmo instituto do direito.

Toda classificação, enquanto técnica de apreensão de uma determinada situação ou fenômeno, deve possuir um propósito específico, tendo a falibilidade como elemento inarredável nessas construções teóricas e no impulsionamento científico. Nesta proposta de estudo, a classificação tem a finalidade de identificar as características essenciais das normas do ADCT, sobretudo, para realçar a sua natureza temporal, a técnica constituinte, a manifestação do poder reformador e a existência de normas que fogem do padrão finalístico (as originárias, mas principalmente as emendas constitucionais).

Entende-se essa categorização como um elemento aparentemente estático ou paradigmático que se presta a perceber a dinamicidade e a peculiaridade das manifestações jurídicas, servindo como referencial para discutir os pontos de tensão, os motivos e as possíveis soluções.

Recorre-se, portanto, a cinco componentes para a identificação das normas transitórias na CF/88: quanto à origem, à matéria (ou conteúdo), à natureza (ou funcionalidade) e à vigência (ou tempo de duração). Por derradeiro e destacada, a classificação que indica a existência de normas pseudotransitórias ou anômalas.

3.5.1 Quanto à origem (Originária e Derivada)

A proposta de classificação, conforme demonstrado na abordagem deste capítulo, parte do geral para o específico. A norma do ADCT é, em regra, criada pelo poder constituinte originário, desenvolvendo um estatuto normativo de eficácia precária e voltado à transposição entre ordens jurídicas, instituindo normas de transição e de direito intertemporal. Esta função criadora, amplamente aceita, também se estende ao poder reformador, que opera alterações, em tese, para o aperfeiçoamento desse processo. Nesse contexto, a norma constitucional transitória pode ser dividida, quanto à origem, em dois grupos: a **norma transitória originária** e a **norma transitória derivada**.

A primeira, vinculada à expressão fundadora da Constituição, que na criação em 70 artigos, visou mediar um complexo processo fático-normativo de deslocamento do fundamento de validade para a formação de um novo sistema jurídico e a consequente

decretação da perda da vigência da constituição anterior, arrastando consigo, em regra, tudo aquilo que contraria as normas constitucionais vigentes, muito embora, conforme visto no capítulo inicial, essa mudança não ocorra de forma automática, gerando conflitos intertemporais que desafiam o papel da jurisdição constitucional em garantir uma pretensão de unidade do ordenamento.

A segunda diz respeito à produção normativa do poder reformador, subdividindo-se em normas transitórias derivadas, que auxiliam a implementação das emendas constitucionais, e as derivadas, que alteram o texto do ADCT. Incumbidas da função atualizadora da constituição, as emendas aderem ao texto constitucional modificando-o ou simplesmente instrumentalizando a efetivação da nova alteração, ainda que fora do texto constitucional.

Cumprе ressaltar, ainda, a existência das regras de transição e demais regras que, embora não sejam transitórias, compõem acidentalmente o ADCT. As primeiras já foram abordadas no capítulo anterior, importando, para o momento, as normas transitórias derivadas que alteram o ADCT. Ao todo, as emendas constitucionais, até o presente momento, inseriram 48 artigos, sem levar em conta as alterações, supressões ou inclusões de parágrafos, incisos e alíneas²⁶⁰.

Só a título de exemplo, a EC nº 95/2016 (“Emenda dos Gastos Públicos”) possui mais de 50 dispositivos, sendo, no mínimo, contraditório haver tantas alterações (34 emendas, no total) para a atualização de normas transitórias, como se esse fosse o único recurso legislativo para a regulamentação de matérias que poderiam compor a legislação ordinária ou o conteúdo transitório das emendas constitucionais.

3.5.2 Quanto ao conteúdo²⁶¹

Tratam de normas essencialmente transitórias, aquelas que contêm matérias afeitas ao processo de transição constitucional. Numa percepção geral, observa-se que a emergência de uma nova constituição se configura como um grande processo, tanto no momento em que

260 Além dos 44 (quarenta e quatro) artigos, ressaltam-se o art. 54-A, art. 76-A, art. 76-B e art. 92-A.

261 Anna Candido Ferraz, em sua classificação sobre a tipologia das normas transitórias, refere-se à matéria como recurso para dividir as normas do ADCT em sentido formal e material, identificando normas transitórias essencialmente constitucionais de normas que não se revestem de conteúdos fundamentais para compor o texto constitucional. A própria característica de instrumentalizar a ordem jurídica vigente importa em considerar a potencialidade de existirem normas que, em tese, fogem daquilo que convencionalmente é fundamental em estar numa Constituição. Apesar de se tratar de uma dicotomia tradicional, é complexo determinar, genericamente, escolhas dos constituintes, sugerindo um padrão ao conteúdo das constituições. E se recorrer-se à história do constitucionalismo brasileiro, constata-se que um padrão normativo é reproduzido em relação aos ADCT.

antecede a promulgação, quanto em relação às situações de estabilização durante o início de sua vigência.

Tais normas instrumentalizaram essa mudança, garantindo, ao menos normativamente, a segurança jurídica das relações sociais e a obediência às questões centrais do estado democrático de direito. Uma manifestação típica, portanto, de uma espécie normativa que se presta a uma finalidade peculiar no contexto do papel de firmação da Constituição. Nesse sentido, é possível observar: as normas de transição política, as de organização administrativa e as institutivas ou constitutivas.

As **normas de transição política** regulam, no âmbito da União, o acesso à representação política, estabelecendo regras de ocupação, tempo de mandato, data de realização do processo eleitoral, bem como determinam, aos demais entes federativos, que suas respectivas constituições estaduais e leis orgânicas disponham sobre a forma de transição dos cargos eletivos, evitando vácuos de poder pela constância do sistema político. Nesse sentido, podem-se mencionar os arts. 4º, 5º e 6º.

As **normas de organização administrativa** estão relacionadas ao princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos, ao estabelecer a manutenção da atividade administrativa sem intercorrências capazes de acarretar prejuízos à ordem pública. Esse contexto de transição impacta em diversas questões fundamentais a respeito da organicidade do Estado, tais como: o regime administrativo do quadro de servidores, de prestadores de serviços em geral e a redefinição de atribuições para carreiras específicas, a distribuição das competências federativas (administrativa e legislativa) e a continuidade dos serviços públicos.

As **normas institutivas** estabelecem a criação, extinção ou remodelação de órgãos (arts. 13, 14, 15, art. 27 e seu § 6º, art. 30 e 34, § 11, art. 62), comissões (arts. 12, 26, 51 e 63) e pessoas jurídicas que comporão, definitiva ou temporariamente, a estrutura de poder do Estado, a manifestação do poder decorrente pelos Estados-membros, bem como determinam a elaboração de diplomas legais referentes à regulamentação de direitos, de ações fomentadoras e das funções do Estado ou ainda a concessão de direitos vinculados a ulterior normatização específica.

É um recurso normativo do poder constituinte que possibilita atalhar ou abreviar a demora na execução dessas tarefas, ao passo em que vincula o Congresso Nacional ao dever de legislar sobre matérias sensíveis e que demandam maior minudência a nível do direito infraconstitucional, inclusive com competência legislativa fragmentada entre os entes da

federação.

É possível, ainda, verificar, principalmente, após a atuação ostensiva do poder reformador, o delineamento de um conjunto de regras, não necessariamente interligadas, que estabelecem diretrizes sobre as questões de regulação econômica e financeira, no que diz respeito às políticas de realização do texto permanente, dívidas dos entes federativos, orçamento e limite gastos pela administração pública, criação de fundos e tributação.

3.5.3 Quanto à funcionalidade

Ao analisar de forma panorâmica o ADCT, principalmente, quando focada em normas que despertam maiores polêmicas, pode-se concluir que estas seriam um conjunto de regras de exceção às normas permanentes do texto constitucional, mas essa não é a única verdade que se pode extrair do ADCT de 1988. Não por outro motivo, as normas de exceção representam um ponto de tensão entre o velho e o novo, resguardando direitos e simplificando processos constitucionais a pretexto de proporcionar, em um curto espaço de tempo, estabilidade ao texto vigente.

Em vez de recorrer aos procedimentos ordinários do texto permanente ou de orientar o Congresso Nacional na elaboração de leis infraconstitucionais, o constituinte dispõe de ampla margem discricionária para inserir diversas matérias imediatistas e ritos encurtados, ignorando até mesmo, em algumas ocasiões, a viabilidade orçamentária e os seus desdobramentos a médio e longo prazo. Obviamente, as regulamentações mais complexas são deixadas para as leis infraconstitucionais, podendo, como fez o legislador constituinte, estatuir prazos para a criação de leis ou mesmo permitir que a legislação substitua, em momento oportuno, as regras originariamente postas no ADCT, conforme expressa previsão.

Pode-se mencionar, dentre as várias situações dispostas no ADCT, o art. 2º e 3º, onde abreviava os termos do processo legislativo de alteração da Constituição (art. 60), ao passo que permitia a alteração, em caso concessão plebiscitária, a modificação da forma e do sistema de governo, excepcionando regras permanentes do texto constitucional. O art. 5º que excepciona os arts. 16 e 77 sobre as eleições pós-constituinte. O art. 16, que estabelece, como exceção ao art. 32, §2º, a prerrogativa do presidente da república para indicar o governador e vice do Distrito Federal. O art. 19 que excepciona o art. 37 para conferir estabilidade aos trabalhadores que mantinham vínculo com a Administração Pública, nos cinco anos anteriores à promulgação da CF/88, sem ter prestado concurso. O art. 27, que institui uma competência

legislativa excepcional para a criação dos cinco TRFs, já que, no texto permanente, a iniciativa cabe ao próprio Poder Judiciário (art. 96).

Além disso, essas normas de exceção também estabelecem ressalvas à legislação infraconstitucional, apresentando-se, casuisticamente, como verdadeiras normas de recepção ou não recepção expressas ou que autorizam a atuação substitutiva e extraordinária (temporária) do constituinte como legislador ordinário, nos casos de omissão legislativa anterior ou decorrentes da emergência da nova Constituição²⁶².

Mas o ADCT não reúne apenas normas de exceção, há também dispositivos gerais de regulação do processo de transição. Ou seja, são normas transitórias, mas que não estabelecem ressalvas ao texto permanente. É possível, a título de norma geral transitória, mencionar o art. 1º, que trata do juramento dos chefes dos poderes no sentido de observar e garantir o cumprimento da CF/88, representando um comando geral na medida dos representantes, empossados em data anterior à vigência da constituição; reforçam um compromisso que encontra consonância, explícita ou implícita, no texto permanente. O art. 11 institui norma geral ao conferir competência às Assembleias Legislativas para elaborar suas respectivas constituições estaduais.

Apesar da CF/88 possuir um Título próprio para tratar das disposições gerais, o legislador reuniu no ADCT regras gerais transitórias que tratam de questões acessórias ou pontuais relativas à mudança constitucional.

3.5.4 Quanto à duração ou tempo de vigência

O esaurimento da eficácia do ADCT é um dos elementos centrais e distintivos destas normas constitucionais em relação às demais. À luz das disposições transitórias do Texto de 1988, pode-se verificar o esvaziamento, a depender da finalidade a que se prestam, gradativo, tendo em conta a complexa tentativa de açambarcar as principais questões referentes à transição.

Silva²⁶³ adverte que a sua aplicação instantânea importa na perda da condição de norma jurídica, tornando-se uma disposição de valor estritamente histórico: “Assim são, em geral, todas as que figuram no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Muitas já se

262 Tomam-se como exemplo os seguintes dispositivos do ADCT: arts. 23, 29, 38

263 SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 205.

esgotaram. Outras vão se esgotando” e, ainda, complementando a percepção do autor, algumas têm a duração postergada pelo legislador. Nesse sentido, quanto ao tempo de vigência, a norma transitória pode ser: de **exaurimento imediato**, **exaurimento graduado** e **exaurimento mitigado pelo poder reformador**.

Na primeira situação, têm-se as normas que perdem a vigência no exato momento da entrada em vigor da Constituição. Basicamente, representam orientações vinculantes que devem se realizar de imediato em vista do fiel cumprimento do procedimento de mudança constitucional. Constituem um conjunto expressivo de normas transitórias, dotadas de vigência e precariedade instantâneas, que estão sujeitas à perda do *status* de norma jurídica no exato momento em que se inicia a vigência da Constituição²⁶⁴. Além das referências mencionadas no rodapé, pode-se tomar como exemplo expressivo o art. 31, que estabelece a estatização dos serviços notariais, preservando o direito dos atuais titulares, ou seja, a vigência se confunde com o exato momento do seu exaurimento.

A segunda trata da norma de exaurimento graduado, referindo-se àquela em que o atingimento de sua finalidade acontece no decorrer de um prazo estipulado pelo próprio ADCT ou que aguardam a ocorrência de fato ou ato normativo para o atingimento da finalidade pretendida. São previsões que, por sua natureza ou complexidade, são inalcançáveis de plano, demandando a execução projetada no tempo para a realização do propósito constitucional²⁶⁵.

Nessas situações, enquanto perdurar a obrigação temporal ou a inoccorrência do fato ou ato contemplado no dispositivo transitório, a vigência da norma jurídica é plena, vinculando comportamentos positivos ou negativos dos poderes do Estado, as relações verticais e horizontais porventura reguladas, todos estes passíveis, em caso de omissão, de controle jurisdicional.

E, por fim, as *normas transitórias de exaurimento mitigado*, decorrente da manifestação do poder reformador em postergar a manutenção de regras, que deveriam perder a vigência pelo decurso do tempo estipulado em seus respectivos comandos textuais. O legislador emenda o ADCT, alterando o dispositivo ou criando um novo artigo que faz referência à regra da qual se pretende ampliar o tempo de eficácia normativa, perenizando a

264 Ilustrativamente, podem-se citar os seguintes comandos normativos exauridos de forma imediata: (Arts. 1º, 5º, 8º, 45, 53, 54, 61, 63, 64, 66, 69, 70)

265 Nesse sentido, é possível encontrar, no ADCT, os seguintes dispositivos: arts. 2º, 3º, 6º, 9º, 10, 11, 12, 13 (§3º), 24, 25, 26, 27 (§ 6º), 29 (§ 1º), 34 (§ 8º), 35, 36, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 48, 49, 50, 51 52, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 62, 65, 67.

sua presença por tempo, aparentemente, determinado.

A oportunidade de constitucionalizar temas diversificados como método de realização dos objetivos da Constituição acarretou o equívoco da instituição, por exemplo, de prazos e metas impraticáveis, importando no descumprimento ou, conforme a proposta classificatória, a procrastinação desses prazos.

Nesse sentido, é possível mencionar prognósticos equivocados tanto por parte do poder constituinte quanto do poder reformador, resultando na ação procrastinatória deste último, dilatando prazos ou alterando metas de cumprimento. Tomam-se como exemplos as emendas sobre a extensão de prazo da Zona Franca de Manaus (art. 40 – alterado pelas ECs nº 42 e 83), a mudança da modalidade de indenização aos seringueiros (art. 54 – EC nº 78) dos recursos destinados à irrigação (art. 42 – alterado pelas ECs nº 43 e 89), a ampliação do prazo da erradicação do analfabetismo pela criação do FUNDEB (EC nº 53/2006), as renovações sucessivas da Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira (CPMF) e da Desvinculação das Receitas da União (DRU).

3.5.5 As normas pseudotransitórias ou anômalas

Por tratar, no caso, de uma análise que está vinculada à essência da norma constitucional, tal discussão deveria vir no bojo da classificação quanto à natureza, mas, pela necessidade de pontuar sobre dúvida razoável acerca de normas equivocadamente deslocada para o ADCT, entendeu-se pertinente o estudo apartado, identificando o fenômeno normativo sem, necessariamente, concordar com ele

Seriam estas normas acidentalmente transitórias por opção do poder constituinte originário ou derivado, agregando ao ADCT comandos que contrariam a sua própria natureza e, por vezes, na forma em que será tratado no último capítulo, subvertem os propósitos da parte concernente à constituição permanente. Verificam, nesse sentido, duas espécies: *Normas de transição (as normas constitucionais gerais)* e as *Normas transitórias de eficácia restaurada*.

As regras de transição garantem a manutenção de direitos adquiridos²⁶⁶, por oportunidade da discussão constituinte ou ainda que concedem, em face de situação peculiar

266 Estas prescrições normativas instrumentalizam ou especificam o comando intangível do art. 5º, XXXVI da CF/88, preservando situações consolidadas ao tempo da constituição anterior. Toma-se como exemplo ilustrativo os arts: 21, 22, 28 e 31.

e pelo princípio de isonomia, tratamento diferenciado a determinados grupos ou simplesmente protegem situações jurídicas consolidadas, valendo-se dos efeitos ultrativos da norma. Podem ser configuradas, portanto, como cláusulas intangíveis no sentido de que estariam vinculadas às normas do texto permanente, como, por exemplo, a impossibilidade de retroatividade para diminuir ou suprimir as garantias adquiridas. Ou podem ser normas constitucionais gerais (art. 41, 46, 49, 60, 62, 64, 67 e 68), que, muito embora estejam no ADCT, não estão necessariamente sujeitas ao exaurimento.

As normas transitórias de vigência restaurada estão relacionadas ao exercício do poder de reforma, onde o legislador recupera a vigência de normas que já cumpriram a sua finalidade e, portanto, estão desprovidas de qualquer eficácia e, conforme será demonstrado no decorrer da tese, infensas à alteração, pois que violariam a natureza jurídica, além de refletir um sério problema de estabilidade e efetividade da constituição. Têm-se como exemplo ilustrativo a inserção do §11 do art. 27 pela EC n° 73/2013, a renovação de prazo do art. 42 pelas EC n° 43/2004 e 89/2015.

Dentro dessa classificação de anomalia normativa estão, também, inseridas as normas transitórias de exaurimento mitigado, pois a ampliação do tempo de vigência pelo poder reformador, bem como a criação de normas transitórias com prazo elásticos, suscita o questionamento sobre o desvirtuamento dessas normas.

4 ESTABILIDADE E MUDANÇA CONSTITUCIONAL: ENTRE LEGITIMIDADE, ATRIBUIÇÕES E LIMITES DO PODER REFORMADOR

O presente capítulo apresenta os questionamentos centrais sobre a concepção de poder constituinte, reforçando a tendência contemporânea em discutir a forma de manifestação e a tangibilidade deste, tendo em conta a sua historicidade e o contexto democrático vivenciado. No tópico sobre a intertemporalidade constitucional e as normas pré-constitucionais, foi possível perceber que o poder originário é ladeado por aspectos fáticos e jurídicos que reforçam a tese de que, ao menos imediatamente, o novo ordenamento, ao incorporar um conjunto de normas preconcebidas em outros ciclos constitucionais, assimila o velho, demandando tempo até que a constituição vigente alcance um *status* de supremacia que garanta maior estabilidade das relações jurídicas, mediando dialeticamente a relação entre passado e futuro.

Apesar da intensidade dessa relação, conforme desvela Ost, a teorização positivista sobre a mudança constitucional trouxe um forte discurso aparentemente lógico de descontinuidade, depositando na codificação o sentimento de uma autossuficiência normativa capaz de varrer o passado para, no lugar dele, fundar o Estado (e o ordenamento jurídico) pretensamente soberano, duradouro e garantidor de segurança jurídica. Trata-se de uma concepção, por consequência, reducionista de legitimidade, pois ao negar o passado, anula-se o sentido ou a substância do ato constituinte (a decisão democrática), tornando retoricamente a Constituição num instrumento de calmaria instantânea e capaz de encontrar tão somente dentro si os meios necessários e legítimos para se perpetuar no tempo²⁶⁷.

Ora, nem mesmo a alegoria da Fênix escapa da dialeticidade entre passado e futuro, pois que renasce das próprias cinzas, ou mais precisamente, não há futuro ou promessa

267 OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Élcio Fernandes. Bauru/SP: EDUSC, 2005, p. 224: “O ato unilateral de promulgação da Constituição opera assim como um instantâneo jurídico – um *fiat ius!* - pelo qual a unidade e a personalidade são conferidas ao Estado; a montante, são escamoteadas as forças históricas instituintes e suas tradições jurídicas sob forma, principalmente, de ideias de direito (ideia de nação, ideia de liberdade e igualdade), ao passo que, como aval, a duração criadora pressupõe-se contidas nas formas fixas das prescrições constitucionais”.

normativa que não seja construída sobre a historicidade de uma dada sociedade. Para a quebra da concepção de atemporalidade dos fenômenos de mudança, Ost sugere a ideia de “trapacear com o tempo” ou de um tempo metamórfico ou dialético, que agrega, ao mesmo tempo, a estabilidade e a mudança.

E o processo de transição para a Constituição de 1988, embora transformador, experimentou, com maior ênfase, a turbulência do seu contexto histórico pelos seguintes motivos: a mudança encetada pelo novo constitucionalismo de 1988 contrastou sobremaneira em relações às outras experiências constitucionais brasileiras, que carregavam, há tempos, uma legislação infraconstitucional ultrapassada; o lento e negociado processo de superação do regime autoritário foi condescendente com a manutenção da mentalidade das instituições e contra as aspirações vanguardistas.

A expressão constituinte, originária e reformadora, apesar de visceralmente atrelada à vida política, bem como ao próprio sentido de produção normativa que se vincula à efetividade dos propósitos democráticos, possui, contrariamente, uma abordagem mais teórica do que prática, aparentando ser um tabu toda vida em que, em momentos de instabilidade, retoma-se a discussão sobre uma nova constituição ou uma ampla reforma. Afinal, sobre quais pressupostos está assentada a legitimidade do poder constituinte? A resposta, geralmente, é mais idealista do que pragmática, mas é também carregada de incertezas sobre a pressuposta potência ilimitada do ato constituinte.

Após realizar a contextualização por um consenso possível de constituição, a abordagem terá como foco central a análise dos processos de mudança constitucional com ênfase na atuação do poder reformador, buscando rechaçar a tendência brasileira que enxerga a Constituição como mero instrumento para alcançar, em momentos de crises, soluções discrepantes e que violam a sua própria essência.

Nesse sentido, recorre-se a um estudo sobre a rigidez constitucional, identificando os seus elementos justificadores e de mediação de sua perenidade e efetividade no tempo, enfatizando, conforme mencionado, a expressão do poder reformador enquanto órgão encarregado de uma tarefa ainda mais complexa que a do poder constituinte originário: associar a legitimidade de atuação às tensões entre mudança e estabilidade, onde o desejo de mudar contrasta com o receio das perda de direitos conquistados com grande custo.

Trata-se, pois, dos mecanismos de atualização, tais como: a mudança informal, revisão, emendas constitucionais e emendas equivalentes como meios de garantias dessa estabilidade.

Será feito um balanço da análise reformadora do Congresso Nacional sobre os limites para, em seguida, estudar, no último capítulo, a relação entre o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e a reforma constitucional, que servirá à compreensão dos limites do Congresso e sua pretensão postergar a vigência do ADCT.

4.1 Considerações sobre a Teoria do Poder Constituinte

Como produto da expressão social, ideológica, cultural e política de uma sociedade historicamente situada e influenciada pelas experiências, bem ou mal sucedidas (até porque o discurso desprezioso de linearidade evolutiva das sociedades se contrapõe à própria ideia de processo histórico), próprias e de outras sociedades, o entendimento sobre a manifestação do poder constituinte é tão complexa quanto a tentativa da teoria constitucional em estabelecer um consenso acerca de um conceito e dos seus elementos estruturantes.

O constitucionalismo liberal do século XVIII experienciou um movimento de racionalização das estruturas de poder do Estado assentado no primado da Lei, tendo a ruptura como caminho trilhado às aspirações do movimento liberal-burguês. E no contexto dos acontecimentos relacionados à Revolução Francesa, exsurge o manifesto de Emmanuel-Joseph Sieyès²⁶⁸ como legitimador de uma revigorada concepção de Estado e poder, desdobrando-se num legado que se constituiria numa verdadeira teoria do poder constituinte e impactante à significação das constituições escritas e do governo limitado.

Campos, ao se propor a realizar uma análise metodológica da obra central de Sieyès, adverte que: “A obra, de viés panfletário, parece ter servido muito mais como discurso de exortação revolucionária do que propriamente uma publicação de cunho científico”. Continua a afirmar que “[...] sua obra foi utilizada como importante ferramenta ideológica do processo revolucionário, de forma explícita”²⁶⁹. Por meio da expressividade de suas convicções, Sieyès acabou por justificar as razões do movimento revolucionário, influenciando em seus desdobramentos.

Essa influência é atual na medida em que as suas reflexões sobre a legitimidade e a

268 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: Qu'est-ce que le Tiers État? Tradução: Norma Azevedo. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

269 CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. As origens da teoria do poder constituinte: um resgate da obra de Siéyes e suas múltiplas releituras pela doutrina publicista continental. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD**- v.1, n.25, 2014.

forma de manifestação do poder constituinte representam, em forma de novas inquietações, questionamentos sobre os rumos do constitucionalismo no Estado pós-moderno e o paradigma democrático.

O processo de transição constitucional é marcadamente norteador pelas aspirações de mudança por meio da implantação de uma nova ordem jurídica. A redemocratização encetada pela Constituição Federal de 1988 representou a máxima expressão do espírito de transformação social (política, econômica, cultural etc.) e, a exemplo dos processos constituintes vivenciados pelas “neodemocracias” latino-americanas, incorporou demandas ciosas de realização²⁷⁰.

A estrutura normativa da atual Constituição brasileira, orientada por consensos e dissensos, é, justamente, ladeada de “promessas” que ilustram o desejo de uma revolução social por intermédio do Estado de Direito, muito embora seja perceptível o abismo que separa o ideal e o real, os desafios sociais frente aos imperativos liberais. A proposta de um texto constitucional extenso é um reflexo da ambição constituinte pela efetivação da almejada transformação da sociedade brasileira pelo direito²⁷¹.

Entender, pois, a conformação constitucional, bem como os anseios e problemas advindos de um extenso rol de comandos normativos desafiadores (relação entre os poderes constituídos, economia, trabalho, cultura, meio ambiente sustentável, direito de participação, dignidade humana etc.), é revolver o processo evolutivo do constitucionalismo brasileiro. E, mais precisamente, da constituinte de 1987/1988, configurando-se numa herança riquíssima para o entendimento e a superação das crises, reforçando a sua legitimidade enquanto instrumento que se propõe a buscar resoluções para estas.

O processo de instauração da Constituição é um conflituoso palco de disputas pela afirmação dos direitos e que, inevitavelmente, resulta em concessões recíprocas das mais diversas correntes sociais. O caso brasileiro não escapou a esse modelo, principalmente,

270 ANDRADE, Paes; BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 483. “A Constituição, como Lei básica, é princípio formal a que todo cidadão pode e deve recorrer. Por isso, a Carta Magna não pode ser apenas o espelho da sociedade e de suas relações, mas deve expressar as aspirações e os ideais dos cidadãos, deve apontar sempre para o que o conjunto dos indivíduos encara como o objetivo último da vida em comum”.

271 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 19. [...] a Constituição progressivamente ampliou o seu papel. Além de estruturar o Estado, como tradicionalmente lhe cabia, as Cartas incorporaram em seus textos definições valorativas e também ideológicas. Passou-se a reconhecer o poder de tomar decisões políticas fundamentais e estabelecer as prioridades, fins materiais e objetivos políticos – a chamada *Constituição dirigente*, na consagração da expressão de Canotilho - que têm o efeito de determinar em boa medida o comportamento futuro do Estado que se organiza, independentemente do grupo que esteja no poder em cada momento.

levando-se em conta o contexto histórico de refutação a um regime ditatorial marcado pela instabilidade institucional e restrições às liberdades constitucionais, travando-se na Constituinte de 87/88 uma luta contra o relógio e o desgaste das disputas entre democráticos e reacionários.

A revogação da ordem constitucional anterior, ao menos no plano da eficácia, é a principal consequência do estabelecimento de uma nova Constituição. Observa-se, nesse sentido, a perda automática da vigência, validade e eficácia daquela, cedendo espaço para o produto da vontade constituinte, sendo inviável, pois, admitir a coexistência de textos constitucionais²⁷².

Essa pretensão destrutiva, alegoricamente criada pela teoria clássica de poder constituinte, entretanto, não está isenta de limitações que gravitam não apenas sob a perspectiva de legitimação social, mas também da observância ao processo de evolução normativa dos direitos humanos, da vedação ao retrocesso social e das normas pré-constitucionais, que, subliminarmente, demonstram que a nova ordem jurídica está repleta do passado.

Isso confronta a tese de absolutização do *apartheid* entre velho e novo ou da atemporalidade de sua manifestação, e, conseqüentemente, do rompimento com o discurso de linearidade, em que ordenamentos diversos não se tocam. Mas apesar de existir o consenso do pensamento constitucional crítico, a incorporação mitológica do poder constituinte ainda reverbera subliminarmente em tentativas simplistas de apreensão genérica do fenômeno político.

O Poder constituinte, portanto, possui, pela ação total ou parcial, a tarefa de tentar transmutar a situação de tensão política e jurídica momentânea em uma ordem jurídica estável a partir de elementos idealizadores que norteiam a atuação dos instituidores da Constituição. O poder criativo é a característica marcante, mas, conforme afirmado, trata-se de um poder de natureza eminentemente político e, portanto, inescapável das condicionantes sociais²⁷³.

272 Nesse sentido, é a manifestação do Supremo Tribunal Federal (STF): "A vigência e a eficácia de uma nova Constituição implicam a supressão da existência, a perda de validade e a cessação de eficácia da anterior Constituição por ela revogada, operando-se, em tal situação, uma hipótese de revogação global ou sistêmica do ordenamento constitucional precedente, não cabendo, por isso mesmo, indagar-se, por impróprio, da compatibilidade ou não, para efeito de recepção, de quaisquer preceitos constantes da Carta Política anterior, ainda que materialmente não-conflitantes com a ordem constitucional originária superveniente. É que – consoante expressiva advertência do magistério doutrinário (Carlos Ayres Britto, Teoria da Constituição, p. 106, 2003, Forense). (AI 386.820-AgR-ED-EDv-AgR-ED, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 24-6-2004, Plenário, DJ de 4-2-2005.)

273 TAVARES, André Ramos. **Reflexões sobre a legitimidade e as limitações do Poder Constituinte, da**

Campos²⁷⁴, ao confrontar a teoria clássica de legitimação do poder germinada nas revoluções liberais²⁷⁵ e tão bem dogmatizada pelo positivismo de Kelsen, propõe uma releitura da teoria do poder constituinte, a partir do princípio democrático, que vincula a legitimidade de uma constituição ao processo de construção argumentativa dessa decisão política em uma dada sociedade ocidental, relacionando aquela decisão à substancialidade do critério de validade das normas, ou seja, elas são válidas porque são legítimas e não simplesmente pelo fato de estarem na constituição originariamente²⁷⁶.

Enquanto teoria de direito positivo assentada em bases dialógicas, rechaça a justificativa normativa como mero legitimador da coercitividade e imperatividade da ação do Estado e também refuta a filiação a uma fundamentação jusnaturalista dessa legitimidade na medida em que temporaliza a manifestação constituinte a partir da construção de um consenso situado entre os potenciais destinatários da norma constitucional, que exercem, à luz de direitos fundamentais pressupostos, um poder constituinte democrático, conceituando-o como: “[...] a manifestação popular voltada à produção de uma nova carta constitucional, sendo o processo de elaboração conduzido por intermédio do princípio do discurso”²⁷⁷.

Tal perspectiva tradicional de ruptura dramática é ainda mais mitigada, segundo entende, ao passo que se percebe uma reordenação da relação entre o direito e a política, a ressignificação do princípio democrático e a proeminência dos direitos humanos no Ocidente, sobretudo em razão da verticalização do debate público a respeito destes.

O sistema de promoção dos direitos humanos, dentro da perspectiva de um mundo

Assembleia Constituinte e da competência constitucional reformadora. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. |vol.1| p. 333 |Mai/2011. DTR\1997\546. Praticamente a maioria dos autores são concordes no sentido de afirmar alguma sorte de limitação a essa força constituinte, que não se apresenta como uma função (ou potência) totalmente descompromissada. Nesse sentido é que se alude ao respeito à situação histórica da comunidade política, aos ideais de justiça, ao direito internacional, a um direito natural, a grupos de pressão (presentes em toda assembleia constituinte), a crenças ou a uma realidade social subjacente limitadora (normalidade na teoria do jurista Hermann Heller), ou a princípios superiores de convivência humana.

274 CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. **O povo é inconstitucional:** poder constituinte e democracia deliberativa. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016.

275 Talvez, de fato, fosse necessária, à época do constitucionalismo moderno, uma teorização radical e de completa aversão ao antigo regime, sugerindo uma capacidade aniquiladora do sistema político anterior. E certamente esse conteúdo central da manifestação constituinte ainda persista, enquanto argumento retórico que garanta a sua discricionariedade em assuntos relacionados à conquista de direitos.

276 Pode-se mencionar, como a própria Campos (2016, p. 228) menciona teoricamente a título de conclusões, a possibilidade de revisão do postulado, no sentido de ilegitimidade, de que normas constitucionais originárias poderiam ser inconstitucionais, sendo pertinente a menção à inconveniência do art. 8º, inciso II (unicidade sindical) da CF de 1988, que se confronta com a liberdade sindical, instituída pela Convenção nº 87 da OIT de 1948 ou mesmo do art. 5º, inciso LXVII (depositário infiel), que se choca com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Art. 7º, item 7).

277 CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. **O povo é inconstitucional:** poder constituinte e democracia deliberativa. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016, p. 184.

interligado, passa a exercer influência marcante na propagação de princípios orientadores das políticas dos sujeitos internacionais (no caso, os Estados), bem como passam a ser pauta rotineira e objeto de proteção ostensiva por parte dos organismos internacionais e do próprio debate democrático sobre o conteúdo fundamental hábil a preservar a dignidade. Tal perspectiva sugere uma importante inter-relação entre Estados no que tange aos instrumentos, políticas e decisões judiciais para a solução de problemas no âmbito dos direitos humanos e fundamentais, flexibilizando o clássico conceito de soberania²⁷⁸.

Tais elementos, nesse contexto, convergem para uma reflexão mais factível da experiência humana no que tange à percepção do direito no tempo, ou seja, de que nada se destrói por completo e nada se (re)constrói genuinamente, ainda que a norma possa resultar em uma nova proposta de fundamento de validade capaz de suprir uma insuficiência da ordem revogada. Da mesma forma, nada se concebe subitamente, ou seja, avanços e retrocessos, em certa medida, são resultados de um processo gradual e latente de consolidação dos discursos proeminentes.

Esse poder não se concebe no vazio, sendo impossível não levar em consideração as variantes sociais, históricas, culturais, religiosas, políticas (principalmente dos grupos de pressão envolvidos na elaboração do texto constitucional) e, em especial, os direitos fundamentais de participação capazes de garantir, razoavelmente, uma decisão soberana dentro de uma racionalidade democrática.

Situação que reforça a ideia de soberania popular, pois é embasada num consenso normativo de proteção e promoção dos direitos da pessoa humana, suavizando o clássico conceito de soberania como poder originário, absoluto, perpétuo, indivisível, inalienável e imprescritível.

A realidade fática limita a perspectiva desse poder fundante na medida em que demanda a utilização do direito intertemporal como meio para a superação dos conflitos normativos, a garantia da manutenção de situações já existentes ao tempo da nova Constituição, mas também se preocupa em assegurar a instauração dos ideais e das instituições políticas. A Constituição, enfim, não pode pensar apenas no futuro, mas também nos

278 SALDANHA, Nelson. **O poder constituinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 91. “Com efeito, a vida constitucional cada vez mais mergulhada na dimensão internacional das nações, dá-se o que se pode chamar, com Mirkin-Guétzévitch, a ‘internacionalização do poder constituinte’. Por certo que uma ligação jurídica da vida nacional com a internacional constitui uma aventura singular e singularmente tentadora para a história cultural do direito; mas esta contingência, com ser um alargamento das possibilidades, apresenta uma limitação ao poder constituinte: **o qual já terá de, ao atuar, levar em conta uma porção de conveniências jurídico-internacionais: respeito a tratados e pactos, a princípio do direito das gentes etc.** [Grifou-se]”

desdobramentos ocasionados aos direitos e instituições fundados nos ordenamentos jurídicos anteriores.

Atribuir ao poder constituinte a arbitrariedade de negar completamente o passado não significa conferir-lhe o poder soberano de autodeterminar-se, mas apenas reforça o argumento retórico e ilógico que implica a sua própria negação e a mitificação de uma expressão atemporal. É por isso que Campos²⁷⁹ entende que: “[...] os postulados tradicionais da incondicionalidade, autonomia, ilimitação não se mostram plausíveis, pois partem da ideia de que o poder constituinte se apresenta como puro fato social, capaz, hipoteticamente, de tudo, inclusive de eliminar inteiramente as garantias e direitos básicos assegurados na carta constitucional que deseja superar”.

O risco potencial da atemporalidade do poder constituinte, nas democracias contemporâneas, é a ausência da autodeterminação do poder soberano e a perfídia ao processo de conquistas de direitos humanos, resultando em violações concretas a direitos elementares, tendo em conta a abertura propiciada pela arbitrariedade e pelo voluntarismo normativo, como técnicas de imposição da coercitividade do Estado, tal como experienciado no regime de exceção militar de 1964 e o papel instrumental da constituição de 1967.

E isso, num contexto de instabilidade local e global, é bastante sentido por meio do discurso neonacionalista de retomada do crescimento econômico pela vulneração do pluralismo e das liberdades individuais. Mudar de Constituição, nessa perspectiva, deixa de significar um ato de consenso para se tornar a justificativa central da dominação de um poder ilegítimo, servindo-se, estritamente, do critério de validade para fundá-la ou reformá-la.

Ao fazer uma reflexão sobre o sentido da mudança constitucional, Saldanha²⁸⁰ aponta para a imprescindibilidade da participação, resultado de uma consciência política coletiva, como motivadora de um efetivo recomeço. O problema não é propriamente a necessidade de uma ampla reforma do sistema normativo, mas o fortalecimento de uma cultura de envolvimento social e do interesse pelo governo.

279 CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. **O povo é inconstitucional**: poder constituinte e democracia deliberativa. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016, p. 195.

280 SALDANHA, Nelson. **O poder constituinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 10: “Enquanto em outras nações os tropeços e recomeços institucionais amadurecem como experiência histórica e alimentam a consciência política, no caso do Brasil a impressão que se tem é a de que sempre se reinicia o processo político a partir da estaca zero: o grave problema da alienação do povo (sempre mantida por certos grupos dominantes interessados em perenizar os escandalosos índices de analfabetismo), além de conservar o fosso entre comunidades e elites, dificulta a *politização* do país, e destarte enfraquece todas as tentativas de sustentação de uma ordem democrática no país: pois que o esquema democrático supõe obviamente uma participação consciente [...]”.

São, portanto, no mínimo, mitigadas as características ditas essenciais à identificação do fenômeno constituinte originário, não podendo considerar pacífico o entendimento de que este seria:

Inicial, porque a sua expressividade não importa no surgimento genuíno de uma nova ordem jurídica, mas numa integração normativa, em que a legislação infraconstitucional e os costumes se unem ou não a uma proposta interpretativa e de produção das leis à luz de um novel paradigma jurídico. A própria técnica de recepção é idealizada, na perspectiva do positivismo de Kelsen, como uma recriação do direito pré-constitucional, à medida que nasceriam juntamente com o ordenamento, representando uma ficção inapropriada a justificar a pureza deste.

Autônomo e ilimitado, porque, ao admitir a vinculação a princípios democráticos constituintes de uma decisão política, a convenção não poderia dispor sobre matérias que representassem, substancialmente, retrocesso social. Ainda que se possa questionar, num ambiente de crise ou colapso socioeconômico, a manutenção ou limitação de direitos constitucionalmente consagrados (sociais, por exemplo), existem direitos dos quais as sociedades democráticas não podem prescindir, como por exemplo: liberdade, dignidade, igualdade, pluralismo político e meio ambiente equilibrado.

De outra forma, levando em conta, por exemplo, alguns direitos definidos na CF/88, mas sem entrar no mérito da viabilidade, a mitigação da gratuidade universal do sistema de saúde, a extinção da indenização por meio da multa incidente sobre os depósitos do FGTS, o aumento do tempo de estabilidade do servidor público, a redução da maioria penal, a alteração da forma de Estado, o sistema e a forma do governo, poderiam transitar numa zona cinzenta de discricionariedade constituinte, não significando, objetivamente, uma evidente situação de retrocesso, apesar de, particularmente, entender que sim.

Talvez *incondicionado* ao passo que a Assembleia constituinte teria autonomia para definir a sua estrutura, no que tange ao funcionamento dos trabalhos e ao procedimento de deliberação. Mas, ainda assim, considerando as situações de imposição de cartas constitucionais, até mesmo o formato de tomada de decisão constituinte deve atentar na garantia da potencial participação dos seus envolvidos. A experiência brasileira, nesse sentido, demonstra uma oscilação que transita entre o impositivo e o consensual, sendo o primeiro marcado pela instituição de regimes centralizadores e o segundo ensejando, dentro das condicionantes históricas, regimes abertos e democráticos.

A reflexão sobre a dogmática positivista do poder constituinte, em verdade, põe em questão o tempo metamórfico de Ost, que, diferentemente do tempo cronológico apresenta-se enquanto uma construção dialética entre o passado e o futuro²⁸¹ e cuja categorização necessita ser reconstruída à luz de novas narrativas acerca do fenômeno.

São, de fato, tentadores o discurso de negação total para algo novo bem como o do mito do retorno a um ideal escondido no passado, mas é oportuna a colocação de Claude Klein sobre a necessária “desdramatização” do poder constituinte “[...] e deixar de concebê-lo como uma autoridade extra-jurídica portadora de um direito definido tábula rasa: sua ação, por mais revolucionária que seja, não escapa ao confronto das ‘ideias de direito’ prevalecente no corpo social”.

A autoridade da constituição, mas principalmente a sua perenidade está vinculada a uma pactuação fundada em princípio de confiança, pois seria contraditório defender um novo pacto tirânico, que reduziu a pó a boa-fé socialmente construída sobre as bases de uma constituição anterior.

4.2 Estabilidade e mudança constitucional: o entrelaçamento entre aparentes antagonistas na CF/88

A pertinência do debate sobre mudança e estabilidade no contexto do poder constituinte originário relaciona-se, invariavelmente, à tarefa do poder reformador em determinar, não apenas, a longevidade da constituição, mas também a sua efetividade, prestando-se a complementar, dentro de limites positivados, uma função que não se distancia do mesmo fundamento legitimador da atuação constituinte originária.

Afinal, se se buscam requisitos que identifiquem a legitimidade nos processos nomogênicos de uma ordem constitucional sucessora, resta também discutir, com a mesma intensidade, o papel do poder reformador que, em tese, repousa na delegação constituinte para a atualização da Constituição e que materialmente relaciona-se intimamente com o princípio democrático e às promessas normativas inderrogáveis. Fala-se, portanto, em uma rigidez relativa, já que os limites conceituais extremados de rigidez e flexibilidade se contrapõem à

281 SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 51. “O desenvolvimento dos ordenamentos jurídicos é sempre uma combinação de transformação e de permanência, mesmo quando se está aparentemente substituindo o sistema antigo por um outro inteiramente novo. Como observa Losano, graças a sua ‘viscosidade’ o direito tende a conservar as próprias estruturas do mesmo para além dos confins que a história lhe estabeleceria”.

ideia de perenidade e supremacia normativa, respectivamente.

Colón-Ríos²⁸², nesse contexto, redimensiona um debate secular entre Jefferson e Madison sobre o ponto de equilíbrio entre a mudança e a permanência da constituição. Se é verdade que o mundo pertence aos vivos e, portanto, pactos constitucionais não podem permitir que os mortos governem aqueles, não é menos incoerente afirmar que toda projeção de futuro é arquitetada no passado, não sendo possível, numa visão dialética do poder constituinte, escapar à dinâmica do tempo social.

Essa metáfora vincula-se, em tempos atuais, ao debate entre constitucionalismo e democracia. Afinal, como garantir a fluidez do sistema jurídico à proporção que as decisões dos fundadores da Constituição não representem o aprisionamento de um poder democrático que, por natureza, está vocacionado a transformar e dar sentido à legitimidade dos poderes do Estado?

A fórmula do constitucionalismo, numa tentativa de incorporar a efervescência da política na Constituição, reúne nesta um conjunto de normas predispostas a oferecer estabilidade sistêmica e que seja capaz de garantir-lhe a perenidade em tempos de prosperidade e em situações de instabilidade.

Os pressupostos de rigidez e unidade normativa oferecem um argumento hábil ao desenvolvimento de um projeto político consubstanciado na constituição escrita, que agrupa a segurança jurídica, a preservação de valores democráticos, a contenção da tirania em tempos de crise institucional e os direitos e garantias fundamentais.

Não se trata, portanto, de proteger a democracia da própria democracia, mas de tentar mediar as tensões provenientes da confrontação entre as disposições fundamentais estabelecidas no ato constituinte e a realidade, perquirindo as suas inconsistências, incoerências e as lacunas ontológicas oriundas do desejo irresistível pela mudança.

Nesse sentido, a Constituição de 1988, em nome dessa permanência, incorpora normas ordenadas a propiciar uma das principais heranças do constitucionalismo moderno: a sensação de segurança jurídica. É possível mencionar enquanto institutos que permeiam essa vontade de estabilidade para a realização do projeto político: o controle de constitucionalidade, as cláusulas pétreas, os mecanismos de contenção entre os poderes, o estado de sítio, o estado de defesa, a intervenção e os processos de mudança da Constituição.

282 COLÓN-RIOS, Joel. **La Constitución de la democracia**. Trad. Graciela Rivera Munõz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013 (E-book).

O controle de constitucionalidade, ínsito ao fenômeno das constituições escritas das revoluções liberais, desempenha uma função essencial na dinâmica hierárquica e de autoproteção do ordenamento jurídico. Expressada simbolicamente na decisão da Suprema Corte dos EUA de 1803, a *judicial review* desempenha, entre críticos e apoiadores, uma importante função no controle dos legislativos.

A proposta embrionária de Hamilton em afirmar que nenhum ato legislativo contrário à Constituição poderia prevalecer, sendo, portanto, nulo, já era alvo de questionamentos na medida em que tal capacidade sugeriria a prevalência do Judiciário sobre o Legislativo. Mas a sua preocupação inicial, seguindo a dinâmica de seu tempo, era a de afirmar a supremacia da Constituição em relação aos poderes constituídos, bem como definir a sistemática de autocontenção²⁸³.

O pressuposto da supremacia formal, repousado na premissa da expressão de uma vontade soberana que institui a constituição, emerge como o fundamento de validade capaz de ordenar e orientar os processos de concepção normativa, proporcionando estabilidade na medida em que a jurisdição constitucional ou os órgãos políticos reconhecem a inconstitucionalidade do ato normativo incompatível ou mesmo suplantam a oportunidade de sua entrada em vigor.

As cláusulas pétreas ou de irrevogabilidade, tratadas em tópico específico desta tese, que representariam a essencialidade do pacto político e que, por esse motivo, reuniriam os elementos mínimos de convivência social, como também identificação das instituições permanentes do Estado. Estão intimamente vinculadas à ideia de rigidez constitucional na medida em que se apresentam como normas que não podem, em tese, sofrer ingerência, direta ou indireta, pelos processos formais de modificação do texto constitucional. Apresenta-se, comparativamente às demais constituições brasileiras, como o maior rol de disposições expressamente irrevogáveis, além de outras normas que decorrem desta matriz.

Os mecanismos de contenção entre os poderes constituídos seriam contemplados pelo

283 HALMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista (Um comentário à Constituição americana)**. Tradução de Reggy Zacconi de Moraes. Rio de Janeiro: Editôra Nacional de Direito, 1959, p. 314. “Não há proposição que se apoie sôbre princípios mais claros que a que afirma que todo ato de autoridade delegada, contrário aos termos do mandato segundo ao qual se exerce, é nulo. Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto equivaleria a afirmar que o mandatário é superior ao mandante, que o servidor é mais que seu amo, que os representantes do povo são superiores ao próprio povo [...]. Esta conclusão não supõe de nenhum modo a superioridade do poder judicial sobre o legislativo. Somente significa que o poder do povo é superior a ambos e que onde a vontade da legislatura, declara em suas leis, se acha em oposição com a do povo, declarada na Constituição, os juizes deverão ser governados pela última de preferência às primeiras”.

conjunto de normas que estabelecem as competências constitucionais, que envolvem as funções ordinárias e de controle recíproco. Além do próprio controle de constitucionalidade já mencionado, os poderes possuem, na autoridade da constituição, a prerrogativa de se valer de processos capazes de corrigir as incoerências advindas dos excessos praticados no suposto exercício da competência. Nesse sentido, menciona-se como exemplo: o impeachment (Chefe do Executivo, Procurador-Geral da República, Ministros de Estado e Ministros do Supremo), o controle do regime das medidas provisórias, participação no processo legislativo (iniciativa e veto), o controle dos gastos etc.

Aparecem, também, na condição de institutos voltados à manutenção ou estabilidade da ordem constitucional vigente, os chamados estados de sítio (art. 137 e 139), defesa (art. 136) e a intervenção (arts. 34 a 36). Em tempos de tensão da normalidade institucional ocasionados por conflitos armados, calamidade natural ou grave violação aos princípios sensíveis que tensionam o pacto federativo, autoriza-se, excepcionalmente e por métodos compositivos de formação da decisão, a alteração da dinâmica de distribuição dos poderes do Estado, que convergem para o Chefe do Executivo.

Essa condição importa na ampliação de poderes constitucionais, o que, por si, indica que tais prerrogativas não orbitam no campo da arbitrariedade ou da liberdade para agir conforme sua consciência, mas de atuar moderadamente para restabelecer a estabilidade e, portanto, temporária e nos termos da própria constituição. Por esse motivo, não é permitido, pelo rito da emenda e sob pena do agravamento da instabilidade, a alteração da constituição em tempos de crise institucional formalmente declarada, tendo em conta o descompasso do equilíbrio entre as funções que se voltam ao primado do governo limitado.

Agrega-se à proposta de estabilidade da Constituição o ato das disposições constitucionais transitórias (ADCT), que se volta a garantir, gradualmente, o processo de transição em face da constituição anterior, bem como em relação ao direito pré-constitucional, mediando o processo de ruptura normativa. Ordinariamente presente em constituições extensas, estão representadas pelas normas que decorrem do texto permanente e possuem tempo de vigência limitado.

Por fim, a permanência constitucional está relacionada com a necessidade de sua mudança. Comemoram-se trinta e um anos de uma Constituição que mudou em diversos aspectos objetivando a sua sustentação, ainda que em condições conjunturais pouco favoráveis à plenitude de sua normatividade. Mas, ao contrário do que possa afirmar, ainda mantém a identidade dos ideais definidos no século passado e que, em certa medida, representam o

desejo de realização da atual geração.

A alteração da Constituição de 1988 está, em regra, centrada na proposição das emendas, que, nos termos do art. 60, estabelece o rito de mudança de suas normas, circunscrevendo, entre regras e princípios, as denominadas limitações ao poder de reforma. Além das emendas constitucionais, tem-se a revisão constitucional (art. 3º do ADCT), originariamente, predisposta, em caráter excepcional, à realização de uma ampla reforma, pois dotada de exigências bem inferiores ao ritual de criação das emendas. Ainda a título de potencial mudança normativa da Constituição, mencionam-se as denominadas emendas equivalentes (art. 5º, § 3º), que imprimem alteração de sentido no tocante à ampliação do catálogo de direitos humanos.

O debate sobre a alteração constitucional, ponto central deste capítulo, emerge como um termômetro significativo sobre os rumos da constituição na medida em que o reformismo poderia, por um lado, significar uma reordenação normativa, atualizando as normas constitucionais aos novos desafios sociais, políticos e econômicos ou, por outro, um descontrole que ocasionaria o seu esvaziamento normativo.

Essa questão atravessa a mera discussão sobre regras procedimentais de alteração da constituição para alcançar o sentido das mudanças e de como a participação democrática pode incorporá-las a ponto de suplantar a sacralidade dos limites originariamente definidos em uma assembleia constituinte convocada por um ente abstrato denominado de “povo”.

Colón-Ríos²⁸⁴ defende, portanto, que o estado de participação popular efetiva resultaria em um “constitucionalismo fraco”, representando: “uma noção de constitucionalismo segundo a qual a Constituição deve permanecer sempre aberta às transformações democráticas” [Tradução livre]. Não se trata, conforme explica o autor, a manifestação democrática, de mera sobreposição de uma vontade majoritária, mas num sistema que respeita as liberdades individuais.

Apesar da Constituição de 1988 ter adotado, textualmente, formas de alteração solene de sua estrutura normativa, seguindo uma proposta convencional e relegando ao fatalismo a insurgência de uma nova manifestação constituinte, é factível a proposta de que a vontade democrática deve restar imprescindível nos processos decisórios de modificação total ou parcial da constituição, sob pena de alimentar o sentido, meramente, mecanicista e

284 COLÓN-RIOS, Joel. **La Constitución de la democracia**. Trad. Graciela Rivera Munõz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013 (E-book), Capítulo 2, p. 05.

descontextualizado de atuação.

A higidez do rito constitucional processual, apesar de atender no plano jurídico positivo o requisito de validade formal de criação do ato normativo, não é suficiente a ponto de garantir a um só tempo: legitimidade e efetividade. Não obstante a observância a um devido processo legislativo seja importante na medida em que se propõe a oferecer segurança jurídica e previsibilidade da alteração legislativa, os efeitos da mudança necessitam de uma análise sistêmica do ordenamento e, principalmente, sobre os impactos de sua aplicação.

4.2.1 A estabilidade pela mudança: deveres constitucionais do poder reformador e instrumentos formais da dinâmica mutacional na CF/88²⁸⁵

O dilema humano de mudar para adequar-se às novas realidades estende-se metaforicamente à vida das constituições, dando-lhe ressignificação que às vezes acarretam transformações em sua própria essência ou à superação normativa. E cada experiência constitucional revela a diversidade de circunstâncias e procedimentalização peculiares, sendo irrelevante a comparação minuciosa para delinear um padrão de manifestação, apesar de subsistir, em face de uma concepção positivista de poder constituinte, o fundamental debate acerca do discurso racional de legitimação desse poder e que vai além do mero ato de constituir-se ou de refundar o Estado, regurgitando conceitos autoritários de uma suposta legitimidade que contraria o próprio sentido das normas constitucionais²⁸⁶.

Nesse sentido, o devido processo legislativo de modificação da Constituição de 1988 representa o sentido de permanência pela mudança, sendo os institutos formais e informais instrumentos do movimento contínuo de uma transformação que dialoga com o futuro sem relegar o passado.

285 Por lidar com as questões relativas aos instrumentos formais de modificação da Constituição de 1988 não será desenvolvido o tema da mutação constitucional, entendida como as mudanças informais imprimidas ao sentido das normas constitucionais. Sobre o tema ver: HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976. PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade**. 2011. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. STRECK, Lenio; CATTONI, Marcelo; LIMA, Martonio. **A nova perspectiva do STF sobre controle difuso**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso>. Acesso em: 02 jul. 2019.

286 CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. **O povo é inconstitucional: poder constituinte e democracia deliberativa**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016.

Sobre essa relação, Häberle²⁸⁷ pontua que: “A continuidade da Constituição só é possível quando o passado e o futuro se encontram reunidos *nela*. A dogmática constitucional também criou figuras que visam resistir ao tempo: sob a forma da doutrina das garantias dos institutos e das garantias institucionais, bem como das garantias do *status quo*”. O futuro das gerações projetado pelo passado e, em contrapartida, a sua reconstrução sob novas perspectivas do tempo social.

A mudança não diz respeito à conveniência legislativa, mas de fortalecer, dentro de um contexto decisório democrático, as inclinações sociais e, principalmente, o processo histórico de efetividade dos direitos fundamentais. Nesse sentido, alguns institutos constitucionais desempenham, na constituição positivada, um elo legítimo de um passado que não condena eternamente o futuro, mas limita a excessiva ação revisora do texto, garantindo a perenidade da constituição até a superveniência de uma nova, que, do mesmo modo, experimentará outros dilemas.

A reforma constitucional, no entender de Vega, desempenha três funções precípuas, quais sejam: “Em primeiro lugar, como instrumento de adequação entre realidade jurídica e realidade política. Em segundo lugar, como mecanismo de articulação da continuidade jurídica do Estado. E, por último, como instituição básica de garantia” [Tradução livre]²⁸⁸.

A mudança se impõe como um imperativo à continuidade, funcionando como um mecanismo de acoplamento da constituição com a realidade. Nesse sentido, é pertinente a colocação de Saldanha ao pontuar e distinguir as atribuições de “*fazer*” e “*refazer*” a constituição: “O poder de reforma é por assim dizer um poder cirúrgico, ‘reconstituente’, pois apenas *refaz* uma Constituição feita. É quando muito um poder demiúrgico, e só parcialmente, pois não pode mexer em todas as partes da Constituição existente”²⁸⁹. Revisita, nesse sentido, a distinção realizada por Sieyès entre a delegação ordinária e extraordinária, teorização que ainda exerce uma fundamental influência para o pensamento constitucional contemporâneo.

287 HÄBERLE, Peter. **Prolegómenos de um entendimento da Constituição “Adequada ao Tempo”**. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/viewFile/2240/pdf>>. Acesso em 10 jun. 2019, p. 26-27.

288 VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. 7. reimp. Madrid: Tecnos, 2011, p. 67. “En primer lugar, como instrumentos de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política. En segundo término, como mecanismo de articulación de la continuidad del Estado. Y, por último, como institución básica de garantía” [Texto original]

289 SALDANHA, Nelson. **O poder constituinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 87.

4.2.1.1 A Revisão Constitucional: o ponto fora da curva?

A revisão, no âmbito da CF/88, representou uma técnica de alteração do texto da Constituição que, em tese, objetivava realizar, após cinco anos de sua promulgação, uma ampla reforma de seus dispositivos, valendo-se de um procedimento flexível e que, portanto, não demandaria maiores esforços do Congresso Nacional para viabilizar uma ampla mudança. A sua concepção pela Constituinte de 87/88 ocorreu num contexto de dissenso razoável sobre a formatação do sistema e a forma de governo, tendo o dispositivo (art. 3º, ADCT), idealizado *a priori* em conexão com o art. 2º, ADCT, sido utilizado independente do resultado que confirmou a manutenção da forma de governo e do sistema presidencialista²⁹⁰.

Por todas as características inerentes ao instituto, a história do direito constitucional positivo brasileiro e a localização geográfica no atual texto constitucional, Bonavides²⁹¹ indica a sua vinculação com o art. 2º do ADCT: “Para modificações, pois, que não aquelas derivadas da aplicação do artigo 2º - parlamentarismo e monarquia constitucional, conforme venha a resultar da respectiva consulta plebiscitária -, já existe na Constituição mesma o instituto da emenda”.

A sua previsão, portanto, no regime das normas transitórias denota o caráter pontual e de excepcionalidade da medida, visto que a emenda constitucional do art. 60, cumpre a condição a que se propõe a ideia central de rigidez constitucional: a longevidade de suas normas pela permissividade da mudança por processo solene (mais complexo e dificultoso) em relação aos demais modos de produção de atos normativos no ordenamento jurídico²⁹². Diga-se de passagem, o descuido do legislador em definir, de forma lacônica, um procedimento de reforma que poderia comprometer a rigidez constitucional.

É inapropriado afirmar, ao menos à luz da experiência brasileira, que a revisão teria maior alcance que a emenda. Em verdade, a revisão pressupõe uma modificação macro da Constituição, ou seja, não serviria para alterações pontuais. As emendas constitucionais, não obstante, podem operar grandes ou pequenas alterações à Constituição, não existindo restrição ao seu alcance. Na verdade, as seis emendas da revisão ocorrida no início da década de 1990,

290 MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Nova revisão constitucional: um atentado à Constituição Federal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** | vol. 56/2006 | p. 88 - 104 | Jul - Set / 2006. DTR\2006\433, p. 02.

291 BONAVIDES, Paulo. **A revisão constitucional na Carta de 1988**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176026>>. Acesso em 24 abr. 2019, p. 24.

292 BONAVIDES, Paulo. **A falsa constituinte de 1991**. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | vol. 1 | p. 565 - 565 | Maio / 2011 DTR\2012\995. “Vamos supor que a vontade plebiscitária soberana diga não à monarquia e ao parlamentarismo. Pronto, exauriu-se aí o ato da disposição constitucional transitória e já não há que falar em revisão constitucional, aquela que procederia, por voto de maioria absoluta, à tomada das decisões necessárias para implementar, seja a monarquia, seja o parlamentarismo”.

contrariando o prognóstico inerente ao seu propósito, resultaram em inexpressivas mudanças à Constituição de 1988, principalmente, se comparadas, por exemplo, com as emendas da reforma administrativa e do judiciário.

Inadmissível ou por que não dizer ilógico admitir a coexistência de mecanismos de reforma que cumprem, exatamente, o mesmo papel, sendo o procedimento traçado para a revisão mais simples do que a aprovação das leis infraconstitucionais. Veja-se que, conforme o art. 3º do ADCT²⁹³, o legislador definiu que as propostas de emendas revisionais estariam submetidas ao quórum de maioria absoluta e aprovação em sessão unicameral, apesar de a Resolução ressaltar a necessidade dos dois turnos de votação.

Admitir a ordinaryidade do mecanismo ou a restauração de sua vigência por meio de emenda²⁹⁴ acarretaria o esvaziamento do processo solene de mudança constitucional, além de equiparar as emendas de revisão, em termos procedimentais, às leis infraconstitucionais, comprometendo a rigidez da Constituição, pois a ideia de supremacia formal é elemento necessário ao formato do atual constitucionalismo brasileiro. Seria o mesmo que admitir uma espécie de semirrigidez, tornando o instituto da revisão um simulacro de emenda constitucional ao vulgarizar o processo legislativo.

A natureza transitória do art. 3º aniquilaria qualquer pretensão com esse objetivo, a não ser que estivessemos diante de um amadurecido debate público sobre a real necessidade de se reescrever, com um propósito específico, a Constituição ao risco de refundá-la. Do contrário, tais aspirações se fundariam ilegítimas e atentatórias à ordem democrática instituída.

O mesmo dispositivo estabelece uma limitação temporal ao exercício do poder de reforma pela revisão²⁹⁵, rememorando restrição assemelhável à inserta na Constituição Imperial de 1824. Conforme o entendimento esposado no próximo capítulo desta tese, a referida norma transitória deve ser interpretada em consonância com o texto permanente, sendo-lhe aplicável, ao tempo de sua vigência, o regime constitucional das limitações circunstanciais²⁹⁶ e materiais de reforma do art. 60, não podendo avançar sobre as cláusulas

293 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.

294 Não obstante o consenso do esvaziamento normativo do art. 3º do ADCT, o Congresso Nacional reativou a discussão sobre a pertinência de uma nova revisão constitucional por meio do trâmite da PEC nº 157 de 2003.

295 Não se trata de uma limitação temporal geral ao poder de reforma, já que as emendas constitucionais teriam regime jurídico de tramitação diverso da revisão constitucional, onde o legislador não instituiu nenhuma limitação desta natureza.

296 Principalmente porque uma tentativa de revisão em situação de instabilidade gerada por estado de sítio, defesa ou intervenção, poderia acarretar riscos à rigidez constitucional, desviando-se de sua finalidade precípua.

pétreas.

Se se tratava de uma manifestação do poder reformador, ainda que não fosse um procedimento legislativo ordinário, deveria se adequar a estas limitações essenciais e inerentes à rigidez e estabilidade institucional, apesar do procedimento flexível. A Resolução nº 1, de 1993-RCF, que tratou da regulamentação dos trabalhos do congresso unicameral, agarrava-se, sobretudo, às cláusulas de irrevogabilidade, a proibição a uma revisão total (nos moldes da EC nº 01/69) e à escolha vitoriosa do plebiscito (art. 2º, ADCT) como infensas ao processo de revisão.

Não obstante a ocorrência da revisão constitucional, tentou-se, por meio da PEC nº 157/03, restaurar a vigência do ADCT, o que abriria, caso tivesse sido aprovada, a oportunidade para a ordinariedade do processo de revisão constitucional. O argumento central da PEC foi o “analitismo” da CF/88, o que justificaria, em grande parte, a inefetividade e a descrença popular em seus comandos, sugerindo como solução o que denominou de saneamento ou profilaxia constitucional.

E ao contrário do que se possa imaginar, desde fins da década de 1990 e toda a primeira década do XXI, tramitam propostas de alteração da Constituição que pretendem restaurar a revisão constitucional sob a forma de constituinte exclusiva, tendo por pressuposto de legitimação a realização de um plebiscito ou de um referendo ativador²⁹⁷.

Isso evidencia o iminente risco da banalidade da manifestação constituinte diante da efêmera alegação de que isso representaria um desejo popular pulsante, o que, ao menos no contexto atual, representaria uma situação temerária e de usurpação da soberania popular pelo Congresso Nacional, além de não se coadunar aos objetivos da revisão constitucional. Como assevera Müller²⁹⁸, a apropriação simbólica da vontade popular se traduziria numa ruptura institucional ilegítima em relação ao pacto fundante da Constituição de 1988.

4.2.1.2 Emendas constitucionais equivalentes enquanto manifestação do poder de reforma

O art. 5º, §2º representou uma significativa evolução sobre a concepção da produção

297 No mesmo sentido, as PEC nº 554/97, 447/05, 384/09 e 276/13, objetivaram a alteração ampla da Constituição de 1988 por meio de Assembleia Revisional. Todas elas recorrendo à modificação do ato das disposições constitucionais transitórias. A expressão “revisão”, ao menos nesse contexto de trâmites legislativos, representaria um simulacro para uma reforma total da constituição, que pouco se vale da soberania popular para essa tomada de decisão.

298 MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

normativa no Estado brasileiro, abrindo o sistema constitucional para o constante processo de assimilação de uma legislação moderna e centrada na difusão da dignidade da pessoa humana em suas mais diversas condições. Apesar, conforme analisado no capítulo anterior, do alinhamento da doutrina brasileira sobre o *status* constitucional conferido aos tratados de direitos humanos, o tradicional posicionamento do STF a respeito da matéria retardou a maturação interpretativa do dispositivo, fazendo com que esta discussão fosse retomada por meio da EC n° 45/2004, que inseriu o §3° no art. 5°²⁹⁹.

Tal parágrafo, ao tentar materializar a pretensão do constituinte originário em instituir um sistema normativo aberto por meio do art. 5°, §2°, acabou por se traduzir em uma nova modalidade de “alteração” constitucional ao incorporar-se, formalmente, à Constituição. Apesar de não constar no rol do art. 59, por razões de ordem temporal e de somenos importância para a técnica constitucional, o poder reformador despertou um mecanismo de reforma, que parte de um pressuposto conectado à promoção, no plano interno, dos direitos da pessoa.

Mazzuoli³⁰⁰ defende não existir uma nova modalidade de emenda constitucional, tendo em conta o procedimento peculiar e que resulta na incorporação de uma norma equivalente, mas não propriamente de uma norma produzida por aquela modalidade, entendendo que: “Enfim, a Constituição não diz que se estará aprovando uma *emenda*, mas um ato (nesse caso, um *Dec.-lei*) que possibilitará tenha o tratado (depois de ratificado) uma *equivalência* de emenda constitucional”. Concorde-se com esse posicionamento na medida em que os institutos não se confundem, até porque, se fossem idênticos, não haveria razão para existir o art. 5°, §3°.

Raciocínio assemelhável poderia ser feito no sentido de que emenda (art. 60) não é revisão constitucional (art. 3° do ADCT), pois apesar dos propósitos parecidos, possuem ritos diversos, resultando esta última no exaurimento por utilização e previsão constitucional excepcional. A expressão “emenda constitucional”, portanto, possui o sentido restrito

299 Um dos pontos centrais da dissidência repousaria na ideia de que ao admitir o status constitucional pela regra do art. 5°, §2° c/c art. 49, I, criava-se a situação em que uma norma, com quórum de lei ordinária, pudesse figurar alterar a Constituição, bem como criar cláusulas de irrevogabilidade. Nesse sentido: VIEIRA, Oscar Vilhena. “Que reforma?”. *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, São Paulo: USP, maio/ago./2004, p. 204: “O problema, no entanto, é que o quórum exigido para a incorporação destes tratados é o de maioria simples, criando assim uma situação paradoxal, onde a Constituição passaria a ser efetivamente emendada pelo quórum ordinário. Mais do que isto, o conteúdo dessas emendas se transformaria automaticamente em cláusula pétrea. O paradoxo é ainda mais grave, na medida em que o Presidente da República pode, a qualquer momento, denunciar o tratado, desengajando a União das obrigações previamente contraídas durante o processo de ratificação”.

300 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 97.

empregado pelo legislador constituinte e, da mesma forma, procedeu com o termo “revisão constitucional”, projetando procedimentos diferentes, finalidades específicas, mas ambas alteram a Constituição.

Considerando que a expressão “Constituição” abrange as normas decorrentes do texto constitucional (escritas ou não escritas), as suas emendas (ordinárias ou revisionais) e os TIDH internalizados com o rito do art. 5º, § 3º, todas elas abrigadas no denominado bloco da constitucionalidade, estes últimos representariam uma maneira peculiar de reforma constitucional, que apela à integração à normatividade internacional, tendo por móvel a referida cláusula de abertura.

Para além da diferença entre os procedimentos, a emenda constitucional tem amplo campo de atuação, esbarrando, entretanto, nas limitações expressas e implícitas. Já as emendas equivalentes possuem foco específico (direitos humanos), ensejando na potenciação dos direitos fundamentais e encontrando restrições apenas em relação à forma autorizativa de sua integração ao ordenamento, diferentemente do que preconiza o art. 5º, §2º, que garantiria a recepção automática. Sustentar que não é emenda, portanto, não implica em dizer que não se trata de norma da Constituição, pois acarreta alteração.

Quando se afirma ser uma nova modalidade de reforma constitucional, quer-se dizer que se trata da amplificação do sentido dos princípios e regras da Constituição de 1988, resultando na conseqüente ressignificação interpretativa da Constituição e a influência normativa destas normas internalizadas em relação à legislação infraconstitucional e às emendas, funcionando como critério de validade.

Avaliando os impactos práticos advindos da natureza jurídica dos TIDH, Ingo Sarlet³⁰¹ coloca em discussão, rememorando o impasse entre o Pacto de São José da Costa Rica e a previsão constitucional de prisão do depositário infiel, a potencialidade de um conflito normativo entre a emenda constitucional equivalente (ou mesmo das normas infraconstitucionais com *status* material, se levar em conta a tese de materialidade constitucional de TIDH não internalizados pela fiel observância dos requisitos do art. 5º, § 3º) e as normas da constituição, já que se admite, de forma consolidada, a plausibilidade de controle jurisdicional de emendas.

301 SARLET, Ingo Wolfgang. **Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos.** Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/28337/006_sarlet.pdf?sequence=3>. Acesso em: 16 dez. 2018.

Desse questionamento, identificaram-se duas situações, partindo do pressuposto de que os TIDH têm, ainda que equivalente, natureza formal de emenda constitucional: a) se o conflito se operar em face de emenda e/ou norma originária que não sejam cláusulas pétreas, ocorre revogação, seguindo a premissa de que a norma posterior revoga a anterior ou simplesmente recorrer-se à ideia de eficácia paralisante em face do dispositivo constitucional interno, visto que, em regra, a internalização não tem operado mudança textual; b) o problema se torna complexo, segundo a própria análise de Sarlet³⁰², se o conflito ocorre entre a norma equivalente e a cláusula pétrea da Constituição, pois não se pode descartar a possibilidade dessa ocorrência.

Esse fato ocasionaria três soluções possíveis: a necessidade de juízo prévio pelo Presidente da República, avaliando a pertinência da ratificação para concluir se a internalização importaria em compatibilidade ou em supressão do núcleo essencial da opção constituinte, tendo por fundamento a aplicação da norma mais vantajosa à pessoa, o que importaria na reformulação da teoria constitucional sobre a intangibilidade da cláusula pétrea ou, ainda, a declaração de inconstitucionalidade do decreto legislativo, que internalizou o TIDH com força de emenda constitucional.

Isso importaria em uma declaração de invalidade com efeito, em verdade, de suspensão da eficácia do tratado no território nacional, pois ele continuaria a vigorar em relação aos demais pactuantes, já que a declaração de inconstitucionalidade não atingiria a vigência do tratado internacional. Ressalta-se que a inconstitucionalidade não resulta em denúncia automática do TIDH, cabendo ao Presidente da República tal missão.

Hipoteticamente falando, o que seria da regra da prisão do depositário infiel se o Pacto de São José da Costa Rica fosse considerado, pelo STF, norma constitucional equivalente (formal)? Por entender que a prisão do depositário infiel não é uma cláusula pétrea, muito embora esteja no art. 5º da CF/88, estar-se-ia diante de uma modificação textual por um ato legislativo formal, ou de uma mutação constitucional por ingerência legislativa, resultando na situação em que um ato normativo posterior revogaria outro anterior.

Apesar de concordar com a tese de que, com ou sem quórum qualificado, o tratado poderá ser internalizado, não se enxerga como mero procedimento de qualificação da norma

302 SARLET, Ingo Wolfgang. **Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos.** Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/28337/006_sarlet.pdf?sequence=3>. Acesso em: 17 dez. 2018.

de direito humano, mas uma clara intenção de integrá-la ao nível normativo de maior expressividade do sistema jurídico, ainda que seja possível constatar incongruências entre os propósitos dos parágrafos §2º e §3º do art. 5º da CF/88.

Não se olvida, por isso, a sua pertinência em face dos requisitos de admissibilidade de uma emenda constitucional ordinária, simplesmente, porque estende o conceito formal e material de norma constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos. Ou seja, não há violação às cláusulas materiais de irrevogabilidade, pois a internalização pressupõe a ampliação do conteúdo dos direitos fundamentais. Também não se aplicam os limites circunstanciais, pois ainda que o Estado brasileiro passe por grave instabilidade (estado de sítio, defesa ou intervenção), a restrição não se justifica, tendo em conta que a modificação não coloca em risco a manutenção do estado democrático de direito.

Conforme mencionado no tópico sobre a recepção, o tratado de Marraquexe (Decreto nº 9.522/2018), por exemplo, dispõe sobre a consagração de princípios de não-discriminação, inclusão, acessibilidade e participação de pessoas com deficiência visual, foi promulgado em plena situação de intervenção federal ao Estado do Rio de Janeiro, encontrando perfeita harmonia com o sistema normativo e, principalmente, não violando a finalidade da restrição constitucional em relação às emendas. Além disso, a emenda já tinha sido objeto de aprovação pelo Congresso, quando da expedição do referido decreto presidencial.

Já em relação aos limites procedimentais, a emenda equivalente passa por restrições equiparáveis ao disposto no art. 60, obedecendo a outro rito constitucional peculiar, que diz respeito à incorporação de diplomas internacionais. Ou seja, para ampliar o sentido da Constituição por esse rito (art. 5º, §3º c/c arts. 49, I e 84, VIII da CF/88), faz-se necessário que: a) o conteúdo essencial do tratado verse sobre direitos humanos; b) o tratado seja celebrado pelo Estado brasileiro; c) seja aprovado pelo quórum qualificado para equivaler à emenda; d) e, por fim, seja ratificado por meio de decreto do Chefe do Executivo da União para que, desde que vigente no plano internacional, possa entrar em vigor internamente. Ao tempo em que dispensa a observância do rol de legitimados do art. 60, incisos I, II e III da CF/88, o procedimento de aprovação conta com a ingerência direta do Chefe do Executivo, desde a celebração do tratado até a promulgação do decreto.

Mazzuoli³⁰³, em embate teórico com Tavares³⁰⁴, suscita a discricionariedade do

303 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 97.

304 TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário no Brasil pós-88**: (des)estruturando a justiça.

legislador em relação à observância ou não do procedimento insculpido no art. 5º, §3º da CF/88. Conforme menciona, o atingimento do quórum elevaria o TIDH ao *status* equivalente à emenda constitucional, mas o contrário não representaria rejeição, desde que atendido o quórum do art. 47. Vai além para afirmar que o próprio procedimento do art. 5º, §3º seria dispensável, caso entendesse o Congresso.

Trata-se de um posicionamento erguido sob a lógica da modificação constitucional realizada pela EC nº 45/2004 e o entendimento majoritário do STF sobre a hierarquia dos tratados internacionais. De fato, a ausência de clareza técnica na definição do procedimento e sua harmonização aos arts. 5º, §2º, 60 e à dinâmica de incorporação dos tratados internacionais (arts. 49, inciso I c/c 84, inciso VIII), ensejou a elaboração teórica de uma quebra-cabeça normativo sem qualquer lógica razoável, tendo o conteúdo *pro homine* dos direitos humanos como tábua de salvação.

Cita-se, como exemplo, a impropriedade da “norma supralegal”. Conforme visto em tópico do capítulo terceiro, a norma supralegal se referiria ao tratado internacional de direitos humanos internalizados antes da EC nº 45/2004, estando em hierarquia inferior à constituição e superior às leis infraconstitucionais. Em primeiro lugar, registre-se a incoerência em considerar, dentro de um mesmo ordenamento jurídico, dois tratados internacionais de direitos humanos em posições hierárquicas diversas. Em segundo lugar, caso o Congresso Nacional não aplique o rito ou não atinja o quórum especial do art. 5º, §3º da CF/88, qual seria o *status* deste diploma?

O fato de não existir vinculação ao procedimento ou regra indicativa do procedimento de norma supralegal, o silêncio importaria na opção legislativa por lei ordinária, podendo, em tese, ser revogado por lei ordinária posterior, atendendo, pela lógica, ao critério cronológico, o que, em determinado sentir, representaria a inocuidade da internalização.

Da forma como se concebe a decisão do STF, a identificação da norma supralegal seria um esforço de reconhecimento aos tratados anteriores à EC nº. 45/2004. Apesar do julgado ter se reportado à resolução de um aparente conflito normativo de natureza temporal, a doutrina interpreta que a decisão do Supremo teria conferido à qualidade de norma supralegal a qualquer TIDH que não tenha passado pelo rito do art. 5º, §3º da CF/88, independente de que seja anterior ou posterior à vigência da reforma do judiciário de 2004.

Isso representa um risco à segurança jurídica³⁰⁵ na medida em que cláusulas que afirmam liberdades constitucionais, bem como regras direcionadas à proteção de grupos vulneráveis (pessoas com deficiência, por exemplo) possam estar à mercê do voluntarismo legislativo de graduar a sua vinculatividade, podendo-se trazer como proposição: a prioridade na tramitação, a previsão expressa sobre a impossibilidade de denúncia desses tratados e a obrigatória observância do rito de qualificação pela ressalva ao art. 49, I, em matéria de direitos humanos³⁰⁶, fulminando com a hierarquização entre convenções internacionais de direitos humanos.

Apesar da conturbada relação de aplicação entre os dispositivos, não se pode negar avanços relacionados à estabilidade da constituição e a coerência sistêmica da legislação infraconstitucional, emergindo, dentro do conceito de validade, a ideia de compatibilidade entre “normas convencionais”, e a sua legislação decorrente, em face de atos normativos anteriores e posteriores editados ordinariamente pelo Congresso.

Além disso, a aglutinação de normas equivalentes (formal e materialmente constitucionais) ao conceito de constituição está relacionada ao processo contínuo de sua transformação, representado pelo maior trânsito das normas de direitos humanos, proporcionando a oxigenação de sua estrutura normativa ou, mais precisamente, uma sobrevida temporal.

4.2.1.3 O regime jurídico das Emendas Constitucionais

Mesmo após atingir a marca centenária de emendas constitucionais e uma experiência de mais de trinta anos de Constituição vigente, vive-se sob incertezas acerca da dicotomia entre avanço e retrocesso, persistindo o receio da mudança, geralmente, motivado pela oscilação da estabilidade institucional e da confusão proposital entre projeto de estado constitucional e plano de governo, pouco importando, como se observa em diversas manifestações do Congresso Nacional, a essencialidade da constituição social.

305 Ilustrativamente, nos debates congressuais acerca da inserção do §3º do art. 5º, indagou o deputado Alberto Goldman (SP) sobre quais impactos que poderiam advir de uma possível revogação de um tratado alçado à condição de norma constitucional equivalente, tendo como resposta a conseqüente revogação, no plano interno, por solicitação do Presidente da República ao Congresso Nacional. Entende-se que não seria possível uma denúncia do tratado de direitos humanos, pois, na condição de norma equivalente protetiva, estaria vinculada à irrevogabilidade, constituindo-se enquanto cláusulas pétreas, ou seja, ainda que, hipoteticamente, ocorresse uma denúncia de um TIDH, persistiriam as obrigações inerentes.

306 E ainda que não fosse aprovado com o quórum, não impediria de considerá-lo como norma materialmente constitucional, nos termos do art. 5º, §2º.

O dogma de que o poder constituinte emerge em momentos de crise do Estado, como uma tentativa de retomada, é o fantasma que assombra o atual constitucionalismo brasileiro, tanto no que diz respeito ao poder originário, quanto em relação ao poder reformador. Mudar a Constituição nem sempre representa a solução mais acertada para resolução de crises complexas e que possam agravar a efetividade dos direitos fundamentais. Em contrapartida, o texto constitucional de 1988 preserva consideráveis conquistas no plano dos direitos fundamentais que, apesar das alterações, escudam a sua permanência.

4.2.1.3.1 A reforma constitucional por emenda: breve incursão sobre os debates da Constituinte de 87/88

À época dos debates na Subcomissão de Garantia da Constituição, Reformas e Emendas (Constituinte de 87/88), um dos braços da Comissão da organização eleitoral, partidária e garantia das instituições, o então ministro do STF, Célso Borja foi convidado para tratar de assuntos sensíveis, dentre outros, sobre o sistema de atualização das normas da Constituição. Pressupostamente ao modelo de alteração a ser adotado, indagou sobre as possíveis opções do legislador constituinte sobre o formato de constituição. Relatando a experiência norte-americana e, mais particularmente, a brasileira³⁰⁷ asseverou que as constituições podem oscilar entre a proposta de um modelo sintético ou regulamentar.

O primeiro caso trataria de uma Carta principiológica, que, por sua vez, confiaria ao Congresso o papel de, por meio da legislação ordinária, instrumentalizar facilmente os interesses atuais e das futuras gerações, evitando ao legislador os desgastantes debates e o enfrentamento do quórum especial a nível de sucessivas mudanças da constituição. Para esse modelo, entende que, quanto mais enxuta, mais difícil seria a sua reforma, já que, em sua ótica, necessitaria de menores reparos pela ação do tempo.

A segunda situação seria uma Constituição regulamentar, capaz de congrega em seu texto os mais variados interesses e buscando minudência das matérias que, segundo afirma,

307 As Constituições brasileiras oscilam em relação ao grau de rigidez adotado, possuindo quóruns diversos. A Constituição de 1824 estabelecia, para além da restrição temporal de 04 anos, que a matéria de natureza constitucional somente poderia ser alterada pela terça parte da Câmara dos Deputados (art. 174). A Constituição de 1891 instituiu o quórum de dois terços nas duas Casas Congressuais (art. 90). A Constituição de 1934 trazia previsão sobre dois quóruns (maioria absoluta para emenda e de dois terços para a revisão – art. 178). A Constituição de 1937 definiu a maioria dos membros das duas Casas Legislativas (art. 174). A Constituição de 1946, por sua vez, restabeleceu o quórum de dois terços para a elaboração de emendas (ar. 217). A Constituição de 1967 definiu a maioria absoluta (art. 50), mas, posteriormente, ao arpejo da teoria constitucional sobre a rigidez, a EC nº 01/69 ampliou o quórum para dois terços (art. 48) e, por fim, a EC nº. 09/77 restaurou o quórum de maioria absoluta.

caberiam em uma legislação ordinária ou mesmo veiculadas por regulamento. Nesse caso, para constituições extensas, processos de reformas mais flexíveis, tendo por pressuposto que o excesso de normas resultaria em lacunas ontológicas, ou seja, quanto maior é a constituição, maior a sua incapacidade de acompanhar as mudanças sociais, demandando, portanto, procedimentos menos complexos.

O jurista chega a afirmar, com angústia hobbesiana, que os riscos trazidos por procedimentos dificultosos de modificação às constituições regulamentares equivaleriam a: “[...] chamar as revoluções, seria como que facilitar a instabilização da vida social e política, preparar o caminho para a permanente tensão [...]” E arremata: “E o que se pode esperar é a guerra de todos contra todos”³⁰⁸.

Apesar de ter trinta anos de vantagem em relação ao prognóstico do referido jurista, não seria difícil prever a orientação do constituinte em relação ao formato de constituição adotado, pois não se trata de ato de mera escolha. Esta pertence ao arbítrio ou a um poder de opção que transcende a soberania popular e a realidade. A orientação atendeu a um processo histórico peculiar, onde a dinâmica dos fatos possibilitou a formação de um corpo constituinte fragmentado partidária e ideologicamente, o contexto de superação do regime ditatorial, a oportunidade considerável participação popular e o colapso econômico-social. Disso, dentre outras variantes, resultou uma constituição extensa e dotada de um complexo procedimento de modificação.

Pode-se afirmar, ao contrário do que pensava o ministro Célio Borja, que o quórum de três quintos não importou na representação à brasileira do estado de natureza hobbesiano e que a melhor constituição é aquela que o próprio povo se dá. E apesar de ser consideravelmente elevado, o quórum da constituição brasileira é um dos menos exigentes entre os países da América do Sul. Por óbvio que nenhuma constituição, muito menos a de 1988, pode ser considerada um fator capaz de isoladamente decretar o fim da normalidade ou o início da prosperidade de um Estado.

4.2.1.3.2 Aspectos gerais sobre a funcionalidade das emendas constitucionais no contexto do constitucionalismo de 1988

308 BRASIL. **Senado Federal**. Assembleia Nacional Constituinte (Atas de Subcomissões). Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/4c_Subcomissao_De_Garantia_Da_Constituicao,_Reformas_E_Emendas.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2019, p. 42.

A emenda constitucional representa a expressão maior da manifestação do poder reformador na Constituição de 1988. Recobrando a lição de Madison sobre a necessidade de manutenção do pacto constitucional pela mudança contida ou sem a sua necessária ruptura, o legislador originário criou um procedimento de atualização capaz de materializar as pretensões envolvidas no processo contínuo de recriação do texto da Constituição. A mudança é um elemento necessário, conforme visto, à estabilidade, sendo a emenda um dos instrumentos capazes de propiciar essa mutação periódica ou programada.

É nesse procedimento formal, portanto, que se centralizam os esforços de atualização e estabilização do texto constitucional. As normas constitucionais, sistematicamente distribuídas, cumprem os objetivos de organização do Estado pela distribuição das competências federativas, a definição de uma série de regras procedimentais que estabelecem os limites das atribuições constitucionais das instituições, a consagração dos direitos e garantias fundamentais inerentes às liberdades individuais e coletivas, todos eles emoldurados numa proposta exaustiva de um constitucionalismo inspirado em princípios democráticos e na programaticidade.

Tal procedimento nomogenético, o poder reformador esbarra numa teia normativa de limitações que se estendem desde a instauração até o conteúdo objeto da alteração. O art. 60 institui as limitações ao poder de reforma da Constituição, orientando-se por princípios de rigidez e supremacia constitucional ao destacar um processo distinto e que resulta, sobretudo, na criação de normas dotadas de superioridade formal.

O ato normativo de maior expressividade da vontade da maioria (3/5 nas duas casas legislativas) vive, contraditoriamente, sob o julgo da minoria, visto que o alto quórum deliberativo e o sistema partidário fragmentado importam no indispensável consentimento da minoria congressista, ordinariamente, derrotada em questões importantes para o debate político e da sociedade (leis infraconstitucionais, resoluções, abertura de CPI etc.). Regra que, apesar de justificável a identificá-la em um nível hierárquico superior, quebra a tradição da maioria absoluta, imprimida nos textos constitucionais de 1934, 1946 e 1967.

O art. 60 estabelece o processo legislativo de alteração, em regra, textual da Constituição, podendo significar um acréscimo, uma modificação, uma supressão ou ainda a criação de normas que, não necessariamente, aderem ao texto constitucional, mas que instrumentalizam as inserções realizadas no corpo da Constituição, denominando-se, conforme analisado anteriormente, de emendas ocultas ou paraconstitucionais. Esse dispositivo condensa os limites constitucionais ao poder de reforma.

As limitações formais tratariam das restrições procedimentais envolvendo os legitimados hábeis (incumbência para instaurar o processo legislativo e a competência federativa para elaborar a norma), regras procedimentais propriamente ditas (tramitação, forma de deliberação, quórum de aprovação e promulgação pelas mesas da Câmara e do Senado), causas obstativas à aprovação³⁰⁹ ou limitações circunstanciais (estado de sítio, defesa e intervenção federal) e a vedação à nova propositura de emenda rejeitada, na mesma sessão legislativa.

Ressalte-se, dentro do contexto das cláusulas implícitas, que o próprio procedimento de alteração da constituição está acobertado pela impossibilidade de reforma constitucional, tendo em conta o desdobramento lógico da vedação à tese da dupla revisão³¹⁰, ou seja, não seria possível alterar o rito para torná-lo mais flexível e, a partir daí, proceder às alterações de maneira equivalente à produção de outras normas infraconstitucionais. Admitir a dupla revisão seria negar a existência das cláusulas implícitas e o poder que elas oferecem ao equilíbrio do sistema constitucional, justamente porque o poder constituinte não é capaz de explicitar, textualmente, todas as suas intenções.

Já as limitações materiais estariam relacionadas às vedações de supressão ao conteúdo e, portanto, seriam concebidas como irrevogáveis. As primeiras, ditas explícitas, estariam textualmente definidas no rol não exauriente do § 4º do art. 60 (forma de Estado, liberdade de voto, separação de poderes e direitos e garantias individuais).

As segundas, denominadas implícitas, repousariam fora deste rol (escritas ou não escritas) e representariam, em regra, um desdobramento interpretativo das normas explícitas, ficando a cargo dos intérpretes da constituição a oportunidade de, em situações de controvérsia normativa, construir o sentido e o alcance em sintonia com a fórmula do estado democrático de direito. Além de decorrerem do art. 60, § 4º, também recebem autorização do art. 5º, §2º, que reforça a capacidade ampliativa dos direitos fundamentais ao estabelecer que os direitos

309 No mandado de segurança preventivo nº 35.535/DF, o ministro Dias Toffoli, ao não dar conhecimento ao *writ* que pretendia impugnar o prosseguimento da reforma da previdência (PEC nº 287), firmou entendimento de que a PEC (Proposta de Emenda à Constituição) pode tramitar durante o lapso de decretação da intervenção federal, entretanto, não podem ser aprovadas. Nesse sentido, conforme a literalidade que se pode extrair do art. 60 §1º da CF/88, ficam suspensas, durante as situações que configuram instabilidade institucional, os atos deliberativos referentes a ultimar a criação da emenda constitucional, não sendo impedida a tramitação de propostas de alteração à Constituição.

310 Sobre a crítica feita à tese da dupla revisão defendida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho: SILVA, V. A. da. A Fossilised Constitution? **Ratio Juris**, [s. l.], v. 17, n. 4, p. 454-473, 2004. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=aph&AN=15126124&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

A questão das cláusulas de irrevogabilidade implícitas, nesse ponto, representa uma situação ainda mais sensível, quando a interpretação excessivamente blindada relaciona dispositivos esparsos às cláusulas pétreas explícitas, expandindo a força paralisante que estas exercem sobre o poder reformador, como por exemplo: maioria penal, competências típicas e atípicas dos poderes do Estado, disposições específicas sobre direitos sociais, ordem econômica, educacional, cultural etc.

Ainda que não se concorde com determinadas políticas de governo sobre tais questões, verifica-se, com recorrência, construções teóricas que invocam, *a priori*, a violação ao núcleo essencial como forma de inibir a ação reformadora, o que contribui, conforme discutido acima, para o tensionamento da relação entre mudança e estabilidade. A proteção da efetividade da constituição não pode ser justificada pelo argumento de uma suposta autoridade normativa das cláusulas pétreas, mas sim pela vontade democrática e a pertinência da mudança ou não, enquanto mecanismo de preservação e promoção dos princípios e objetivos fundamentais.

Dentre os quatro incisos elencados no art. 60, §4º da CF/88, o único que estabelece um comando normativo objetivo é o inciso II ao definir o voto direto, secreto, universal e periódico. Ao passo que os demais dispositivos (incisos I, III e IV) possuem uma textura normativa tão aberta que, em tese, poderia abranger, a depender do argumento, quase que a totalidade do texto constitucional. Se por um lado seja indicativo de segurança jurídica, protegendo a democracia contra a instabilidade ou pretensões ilegítimas, significa pouca margem para a mudança, fato que poderia antecipar o desejo de romper com a ordem instituída.

Assim, por exemplo, a proposta tendente a alterar competências federativas para legislar, em tese, poderia representar ofensa à autonomia político-administrativa dos entes federativos. A supressão de determinada regra do Título II (direitos e garantias fundamentais) acarretaria uma violação aos direitos e garantias individuais ou, ainda, qualquer modificação nas atribuições dos poderes do Estado poderia comprometer o equilíbrio entre a separação de poderes.

Não é possível rotular ou classificar taxativamente o que seria revogável ou irrevogável dentro da teoria geral da Constituição, pois isso é uma variante que decorre da expressão constituinte historicamente situada, seja pela transição consensual, onde o povo

decide rumar para uma forma de organização social evoluída, seja por ruptura ilegítima, em razão do esgarçamento do pacto político e do abraçamento social do retrocesso.

Nas cláusulas implícitas, principalmente, a ideia de um núcleo essencial pode variar em alcance de acordo com a ambiência social, ou seja, algo que há dez anos seria considerado infenso à ação reformadora, poderia, nos tempos atuais, representar uma necessidade de mudança ou que, apesar de violadora em tese, não ofereceria maiores repercussões ou contraofensivas³¹¹.

A vedação imposta ao poder reformador, portanto, não pode ser interpretada de maneira ensimesmada, mas de forma a mediar os problemas. O que não prejudica afirmar que existam, no contexto de um constitucionalismo democrático, normas mínimas a serem observadas, sob pena do constitucionalismo suprimir a democracia ou deste ser agente de retrocesso, ainda que sob a forma de poder originário.

4.2.1.3.3 O quórum da emenda e a rigidez constitucional na CF/88: limites e excessos do poder de reforma

O quórum qualificado para aprovação da emenda constitucional (três quintos) é, geralmente, a disposição normativa mais exaltada pela doutrina como elemento distintivo em relação aos demais processos de nomogênese da constituição e o indicativo de que, ao menos em relação a outras democracias ocidentais, não se trataria de uma proporção tão exigente, o que, em tese, justificaria o excesso de modificações.

Não custa lembrar, conforme mencionado *en passant* em rodapé, que, durante a ordem jurídica de 1967, os governos manipularam, em duas oportunidades, o quórum de aprovação das emendas, oscilando entre dois terços e maioria absoluta, objetivando modular a Constituição aos interesses do Poder Executivo.

Na verdade, isso não seria um fator determinante para a facilitação da alteração quando, em contrapartida, observa-se a fragmentariedade político-partidária no Congresso Nacional, onde as costuras de acordos políticos são inevitáveis para o intento de governabilidade e a

311 Podemos citar, nesse sentido, na experiência constitucional de 1988, a EC nº 28/2000, que igualou, sem observância aos aspectos fáticos de tratamento isonômico, o prazo prescricional de pretensões que possam ser veiculadas por trabalhadores urbanos e rurais. Tramita, desde 2006 e sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, a ADI nº 3656/DF, onde se alega violação ao patrimônio individual do trabalhador rural. Da mesma forma que se alega malferimento, a mudança foi vista como uma forma de reparar o equívoco cometido pelo legislador constituinte.

aprovação das reformas. Os fatores que resultam no emendismo, portanto, estão além das regras procedimentais da Constituição.

Entende-se, da mesma forma e seguindo a proposta de trabalho perfilhada nesta tese, que também não é dado ao legislador reformador alterar o rito das emendas para elevar o quórum de aprovação, tornando-a mais rígida. Aumentar a margem de deliberação ou deixá-la mais complexa pode significar o colapso da Constituição pelo agravamento da relação entre mudança e estabilidade, sendo tão ou mais danosa quanto a proposta que a flexibiliza.

Conforme informações obtidas nos sites da Câmara Federal e do Senado Federal³¹² tramitam mais de 1.458 (hum mil quatrocentos e cinquenta e oito) Propostas de Emendas à Constituição, tratando das mais diversas matérias. Esse número se relaciona diretamente com a capacidade de iniciativa dos legitimados e não é uma situação que possa gerar alarde à rigidez constitucional, já que o interesse político modula o tempo e a pertinência de aprovação desses atos normativos, muito embora exista uma proposta (PEC n° 204/2016) que aspira à definição de prazo razoável para a tramitação.

Entende-se que o quórum de três quintos é suficiente para garantir a rigidez, ainda que tenhamos uma quantidade expressiva de emendas aprovadas. Em sentido contrário é o entendimento de Sampaio³¹³ (*apud* SILVA, 2014, p. 274) que, dentre as limitações do poder reformador estão as relativas ao processo de emenda, entende ser admissível a alteração que importe em maior dificuldade ao rito e vedada a oportunidade de torná-lo menos rígido.

Ampliar a limitação de reforma à constituição é uma proposta paradoxal, visto que o Congresso Nacional instituiria uma limitação desnecessária a si próprio e contribuiria ao retardamento de pautas políticas importantes para o país³¹⁴. O aumento do quórum não seria obstáculo decisivo a importar na diminuição do fluxo de propostas e emendas.

O número expressivo de alterações não está, portanto, necessariamente vinculado a uma possível facilidade oportunizada pelo quórum de três quintos, mas por diversos imperativos da realidade constitucional brasileira. Tal fato, apesar de incomum na história

312 BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/busca-portal/proposicoes/pesquisa-simplificada>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

313 SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O poder de reforma constitucional**. 3. ed., atualizada por Uadi Lamêgo Bulos. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995. SILVA, José Afonso. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

314 Interessante perceber a existência de um movimento constitucionalista que se guia por propostas de emendas tendentes a restringir ou controlar a atuação do Congresso Nacional pelo aumento do quórum de deliberação, pela oportunidade de controle popular *a posteriori* da PEC etc., usando o argumento da instigação da participação popular. Por outro lado, são poucas as propostas para limitar a atuação do poder judiciário no controle de constitucionalidade.

constitucional brasileira, encontra indícios peculiares advindos da própria estrutura normativa da CF/88 e do contexto de sua afirmação democrática que podem justificar a periodicidade das mudanças:

a) Trata-se de uma constituição extensa e a maior de toda a história brasileira. Sem levar em conta os comandos normativos que poderiam ser extraídos ou encontrados no corpo de um dispositivo constitucional, o texto em si é detalhista na discriminação de direitos e em processos constitucionais, bem como em sua principiologia. Além disso, diversas questões que não puderam ser resolvidas ao tempo da constituinte ficaram sob a incumbência do Congresso Nacional³¹⁵.

A constatação de uma constituição extensa não é uma crítica ao poder constituinte ou uma justificativa para se defender um texto sintético como pressuposto capaz de associá-lo a uma necessária efetividade, mas ressaltar que constituições detalhistas, como a brasileira, estão suscetíveis a sofrerem processos revisionais cíclicos ou constantes, como já previram os próprios constituintes de 87/88. A CF/88, por motivos específicos e já declinados no tópico sobre os trabalhos constituintes, possui razões legítimas a justificar o tamanho do texto aprovado.

b) Diversas matérias que não necessitariam, obrigatoriamente, estar no texto constitucional, pelo esgarçamento de sua eficácia social, cumprem ciclos de durabilidade, resultando em emendas sucessivas, principalmente, em alterações realizadas sobre as próprias emendas. Questões técnicas em matéria de orçamento, dívida pública (precatórios) previdência, tributação, regulação econômica, deveres constitucionais dos entes federativos em relação aos direitos sociais, ilustrativamente, estão sujeitos a revisões periódicas³¹⁶.

Em nenhum momento se questiona a escolha do legislador constituinte em estabelecer o que deve ou não estar no texto constitucional ou se defende a tese de Carl Schmitt sobre a coexistência dos sentidos material e formal dados às normas, mas de afirmar que a precariedade das matérias incorporadas justifica a necessidade de mudanças periódicas. E a tendência, pelo alto custo do capital político, é que ocorra um processo de desconstitucionalização de normas estritamente técnicas.

315 A pressa de Ulysses Guimarães em aprovar a nova Constituição importou na postergação dos debates sobre a identidade real desta, cabendo ao poder reformador [...]

316 Não se nega que a oportunidade de flexibilização, ainda que de normas técnicas, possam trazer gravames reflexos aos direitos fundamentais, mas há questões substanciais que não podem ficar à mercê do simples obstáculo do quórum qualificado de um ato normativo. Faz-se necessário fomentar o debate social e institucional sobre a pertinência das mudanças e, em última análise, recorrer ao controle jurisdicional para limitar os excessos.

A título de exemplo, a reforma previdenciária, em curso no Congresso Nacional (PEC nº 287/2016) e que está demandando um esforço gigantesco do Executivo em razão de sua incapacidade republicana de realização de alianças, antes mesmo de ser aprovada, já tem os seus dias contados para a sua superação por uma nova emenda constitucional. A própria história constitucional brasileira recente demonstra que reformas desta natureza cumprem ciclos limitados de eficácia e efetividade. Outras situações demonstrativas sobre o fenômeno das revisões das emendas, conforme será visto no próximo capítulo, apresenta-se como sina da maior parte das emendas que alteraram o ADCT.

c) O excesso de normas que tratam de deveres estatais sobre a execução de políticas públicas, ao longo da vigência da CF/88, foram ampliadas, vinculando, desnecessariamente, as ações governamentais. E o mais interessante é que o discurso de enxugamento da Constituição de 1988 é, paradoxalmente, contraditado por emendas constitucionais que tornam o texto ainda mais extenso e, portanto, sujeito a equívocos e revisitações pelo poder reformador. Reafirmar promessas constitucionais, num contexto de efetividade oscilante, é um risco que o legislador, aparentemente, está disposto a correr³¹⁷.

d) As oscilações da política e da economia também comprometem a estabilidade da Constituição, resultando em modificações normativas onde se supõe a moderação de crises, que, entretanto, possuem raízes bem mais profundas. Há uma crença inabalável do legislador numa suposta força ou pressão que uma legislação pode imprimir a uma determinada realidade, dando vida a um simbolismo ineficaz.

4.2.2 Reforma constitucional e a “política do medo”: o sentido da mudança constitucional

Há, no mundo ocidental, uma constatação empírica de que o modelo de democracia liberal sofre uma onda de contestações que transita entre o conservador e o reacionário. A ascensão desses governos é alavancada, segundo Castells³¹⁸, pela chamada “política do medo”, tornando a restrição das liberdades fundamentais, em especial da pluralidade e dos direitos sociais, como prioridade na agenda de governo e única solução messiânica para a superação da crise econômica.

317 Menciona-se, a título ilustrativo, a PEC nº 60/2019, que cria o Fundo Nacional de Prevenção e Combate ao Câncer, a PEC nº 446/2018, que estabelece regras sobre o cálculo de repasse do FPM e a PEC nº 27/2019, que visa estabelecer regras de limitação da taxa de juros. Sem adentrar no mérito da pertinência material, tais propostas atuam no sentido de ampliação do texto e dos deveres constitucionais do Estado.

318 CASTELLS, Manuel. **Ruptura**: a crise da democracia liberal. Trad. Joana Angélica d’Ávila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

Dessa forma, a exceção toma o lugar da regra para imprimir no seio social o receio do futuro e o consentimento viciado de abrir mão de conquistas civilizatórias mínimas e conviver com o retrocesso de direitos civis em nome de concepções pré-modernas sobre a família, a religião e a segurança. Ditos apolíticos e sem ideologia negam o próprio sistema que os alçaram à condição de representantes do povo, mas encontram nessa maioria a justificativa para demolir a tolerância e a conquista dos direitos em um claro processo de retrocesso histórico.

A reforma constitucional, por ser ato reconstituente, deve estar aberta ao debate público, tornando os temas veiculados nas respectivas propostas em assuntos cotidianos na sociedade e jungidos de um claro plano de efetivação. O que se observa na atual conjuntura democrática brasileira, entretanto, é que as reformas são realizadas sob a justificativa de se evitar um futuro tenebroso.

A reforma, enquanto projeção da esperança ou do desejo de efetividade ampla dos direitos, dá lugar ao sentimento do medo e da redução dos custos pela supressão indireta de direitos, exigindo pressa e abafando, inclusive, a discussão a nível de parlamento. É a formação de um consenso (boato) que não tolera demora, muito menos permite a verticalização do contraditório. E num contexto de expressividade do medo não há espaço para a manifestação de consentimento.

O projeto político prospectivo e o debate público são ofuscados por declarações públicas de representantes políticos de situação, dos meios de comunicação e de grupos específicos que indicam, sem qualquer garantia, misticamente a necessidade e a capacidade resolutive da reforma constitucional, tendo como pano fundo a urgência e o receio de um colapso social.

Exemplos são expressões que sugerem a supressão de direitos em contrapartida por mais empregos, supondo-se que o excesso de direitos prejudica o empregado e o empregador, o enxugamento dos direitos sociais como método para aquecer a economia, o congelamento dos gastos públicos como meio de garantir o desafogo fiscal, a reforma da previdência como única saída para o Brasil não se tornar a Venezuela³¹⁹, a PEC de retaliação aos Conselhos Profissionais, a indicação de que a fiscalização do meio ambiente prejudica o desenvolvimento econômico, contrapondo, sem a menor prudência, dados estatísticos sólidos.

319 No mesmo sentido foram as recentes declarações do Presidente Bolsonaro sobre a escolha esmagadora, nas prévias eleitorais, do adversário do atual Presidente argentino (Macri), numa tentativa de tentar frear o anseio popular pela superação de um modelo de livre economia que colapsou.

O autoritarismo, grosseiramente camuflado pelo discurso de limpeza do projeto ideológico de esquerda, ganha projeção para colocar a constituição a serviço de uma política de governo aristocrata e reacionária, que desconhece o espaço público enquanto instância da diversidade e da discordância, para impor, pela estratégia do medo, medidas de interesses diminutos. As mudanças legislativas encorpam, portanto, esse sentido para tocar uma agenda política diversa das aspirações democráticas.

Mais que um problema que desafia a atuação da jurisdição constitucional, por graves riscos à integridade do sistema, trata-se de uma ambiência que diminui a dimensão de sentido da alteração constitucional, tornando a emenda mero procedimento hábil a ratificar a validade dos atos do governo do medo.

4.3 O controle jurisdicional das emendas constitucionais: um convite ao tensionamento do sistema democrático

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) deve atentar aos denominados limites formais e materiais, que seriam aqueles definidos pelo poder constituinte originário como imprescindíveis à observância do fundamento de validade do ordenamento, ou seja, qualquer insurreição importaria numa sanção de inconstitucionalidade, tese amplamente aceita pelo Supremo, que em sede das ADIs nº 829, 830 e 831, discutiram a validade da EC nº 02/92 em relação à modificação empreendida ao ADCT da revisão constitucional, acomodando o conceito de emenda constitucional dentro da expressão “lei ou ato normativo”, nos termos do art. 102, inciso I, alínea “a” da CF/88.

Sobre a autodeterminação de competência pelo Supremo, para o controle das emendas, Dimoulis³²⁰ descreve que a Corte brasileira é uma das únicas do mundo a realizar fiscalização da atividade do poder reformador, afunilando sua crítica tanto pela ausência de autorização constitucional, a falta de justificativa plausível do STF e a reprodução naturalística da doutrina considerável no sentido de avalizar tal prática.

320 DIMOULIS, Dimitri. Arguição de descumprimento de preceito fundamental problemas de concretização e limitação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.94, n.832, p.11-36, fev. 2006, p. 28. Para uma crítica mais incisiva sobre a *judicial review* brasileira, Dimoulis assevera que: “Constatar (ou temer) a inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais e a necessidade de reação jurídica a essa situação não significa automaticamente que o STF seja competente para declarar a nulidade dessas normas. Do ponto de vista lógico, afirmar a necessidade de controle não significa que alguém deva exercê-lo, mesmo sem autorização normativa. Caso contrário, incorre-se no erro de confundir a dança com o dançarino, como dizem os constitucionalistas no Estados Unidos”.

Levando em consideração o sentido das expressões "lei" e "ato normativo", o autor adverte que não há permissão constitucional para tanto, sendo que aquela dimensiona o conceito de ato legislativo ordinário (infraconstitucional) e esta incorpora a acepção de ato infralegislativo (infralegal), cabendo, entretanto, na instrumentalidade residual da ADPF (art. 102, §1º, CF/88), quando o legislador se refere à expressão "ato do Poder Público" (art. 1º da Lei nº 9.882/99)³²¹.

A preeminência das cláusulas pétreas, associada ao pressuposto imanente da supremacia formal a qualquer norma da constituição, justificariam a apreciação da validade das emendas, tanto sob o aspecto político-preventivo (legislativo) como jurisdicional-repressivo, tanto pelo viés procedimental, quanto pelo objeto ou matéria que se pretenda inserir, já que essas normas estabeleceriam uma espécie de hierarquia material entre as demais da Constituição, especialmente, no que tange às normas originárias e às derivadas.

Não custa enfatizar que o Poder Judiciário, nesse contexto, mede forças com o Poder Legislativo, controlando sua atividade extraordinária de reforma constitucional sob o argumento capital de que nenhum ato normativo, produzido pelo poder constituído, poderia se sobrepor à Constituição.

Essa premissa, muito embora lógica, pode se configurar como um ponto de tensionamento do sistema democrático, levando as relações institucionais ao desgaste pela desvalorização do processo decisório e todo o debate pelo convencimento da minoria resistente no Congresso, mas também a reação à declaração de inconstitucionalidade pela reedição de novas leis ou emendas que afirmam a melhor decisão sob o prisma legislativo³²², quando, em vez da disputa, outros meios republicanos seriam mais eficazes e assecuratórios ao equilíbrio entre os poderes.

É certo que, no direito brasileiro, existem variantes que devem ser consideradas para avaliar o comportamento do sistema de justiça em face do controle de normas: o acréscimo de competência do Supremo por meio de novos institutos vinculativos no cotejo das questões

321 Entende-se que o raciocínio, apesar de lógico, encontra, no desenrolar de sua reflexão, alguns empecilhos que o tornariam incoerente. Se não há autorização do poder constituinte para o controle de emendas pelo Supremo, por que o legislativo, ao regulamentar a ADPF (lei ordinária), teria a prerrogativa de, ao cunhar a expressão "ato do Poder Público", conceder tal competência excepcional ao STF? Da mesma forma que o autor se vale do sentido da expressão "lei ou ato normativo" para vetar a ADI em face de emenda, também não seria permitido o cabimento de ADC, tendo em conta, principalmente, o risco de uma improcedência da ação.

322 Sobre *Legislature override* (Correção Legislativa) ver: TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

constitucionais, ampliação dos legitimados para a propositura destas ações³²³, a abertura constitucional que possibilitou maior controle dos atos do Poder Público pelos *writs* e as ações excepcionais, o próprio comportamento do legislativo, principalmente, em judicializar, por meio destas ações, questões pertencentes ao âmbito da deliberação política³²⁴.

Apesar do amplo acesso ter sido uma conquista da Constituição cidadã, essa estrutura corroborou a concepção de um sistema de controle de constitucionalidade centralizado no STF e fortemente marcado pela natural identificação do controle judicial como a maior expressão de defesa da Constituição, revisitando os caminhos dos clássicos do direito e da política para reafirmar um “poder nato” das supremas cortes.

Nesse sentido, Silva³²⁵ coloca em questão a necessidade de se repensar o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, superando o “modelo guilhotina” que encontra, na racionalidade processual, a autorização suficiente para desautorizar o legislador. Sua complexidade e importância para a democracia superam o mero procedimento judicial, devendo ganhar espaço num debate mais aberto.

Apesar de citar algumas experiências sólidas e outras em fase de consolidação institucional, entende que o Brasil deve encontrar soluções peculiares para o atual impasse, que, conforme dito, tensiona a relação entre os poderes. Silva, como também o faz Mendes³²⁶, oportunamente retrata o debate entre Dworkin e Waldron para evitar posicionamentos

323 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em 5 jul. 2019. Em pesquisa realizada no *site* do STF (na aba de estatística sobre o controle concentrado), os partidos políticos, na condição de requerente, já ajuizaram mais de 1131 ações de controle concentrado (ADI, ADO, ADC e ADPF). É perceptível em razão das disputas e da fragmentação que as agremiações partidárias são os que mais batem às portas do Supremo, superando, inclusive, a PGR, que aparece em seguida com mais de 1081 ajuizamentos. Contraditoriamente, os que menos recorreram ao Supremo, pelo menos em termos de controle concentrado, foram a Câmara dos Deputados e o Senado Federal.

324 MENDES, C. H. Judicial Review of Constitutional Amendments in the Brazilian Supreme Court. **Florida Journal of International Law**, [s. l.], v. 17, n. 3, p. 449–461, 2005. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=aph&AN=21933207&lang=pt-br&site=eds-live>>.

Acesso em: 6 jul. 2019. O autor cita três fatores importantes para a afirmação do STF enquanto um “superpoder”: fácil acesso ao STF, principalmente, se comparada com a Constituição de 1967 (EC n° 16/65); a abrangência descritiva e principiológica do texto constitucional, o que tornaria potencialmente discutível qualquer ato legislativo; e a possibilidade de controle de emendas constitucionais.

325 SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, jan. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144>>. Acesso em: 08 jul. 2019. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4144>.

326 MENDES, C. H. Judicial Review of Constitutional Amendments in the Brazilian Supreme Court. **Florida Journal of International Law**, [s. l.], v. 17, n. 3, p. 449–461, 2005. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=aph&AN=21933207&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 6 jul. 2019, p. 461.

extremos, orientando-se pelo caminho entre a ampla liberdade e a total restrição da *judicial review*.

Trata-se da suavização do controle judicial, que cederia espaço ao diálogo constitucional entre os poderes para o tratamento mais eficaz das questões sensíveis, tais como a realização das políticas públicas, dos direitos sociais e a superação das omissões inconstitucionais. Interessante é o posicionamento de Gargarella³²⁷ ao entender que, dentro da concepção atual de separação de poderes, não seria possível conceber um cenário equilibrado de diálogo. A sua crítica se estende, principalmente, à oportunidade da cultura de diálogo na sistemática da *judicial review*, onde é comum a contraposição de interesses e são raras as situações em que os interlocutores podem se manifestar em circunstância de isonomia. Para tanto, sugere a revisitação do sistema de freios e contrapesos, pois, no formato vigente, representa um convite ao tensionamento do sistema democrático.

A inconstitucionalidade das emendas constitucionais no direito brasileiro é um ponto ainda mais delicado, pois envolve uma opção de mudança ou de rumo político em dimensões macro, sendo a judicialização excessiva da política um risco que poderia comprometer o amadurecimento da deliberação política, tornando-a débil e sempre dependente de uma confirmação pela jurisdição constitucional³²⁸.

Nessa perspectiva, Hübner Mendes³²⁹ reconhece a importância da atuação judicial em questões relevantes para a consagração de direitos, mas ressalta que a pretensão pedagógica

327 GARGARELLA, Roberto. O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 37-75. ISBN 978-85-450-0196-6. Disponível em: <<https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/08/1.03-Roberto-Gargarella-O-novo-constitucionalismo-dial%C3%B3gico.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2019.

328 MENDES, C. H. Judicial Review of Constitutional Amendments in the Brazilian Supreme Court. **Florida Journal of International Law**, [s. l.], v. 17, n. 3, p. 449-461, 2005. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=aph&AN=21933207&lang=pt-br&site=eds-live>>.

Acesso em: 6 jul. 2019, p. 460-461: “It is important for democracy that progressive decisions are made, but the question of who gets to make them is also significant. It may be hard to defend this kind of argument looking at Latin American reality, especially in a context in which the courts have played such an active role in the preservation of rights. But the enthusiasm with it cannot eliminate the need of carrying on the task of designing more democratic arrangements for collective decision making. Judicialization is not the only answer for the crisis of representative democracy” [Texto original]. “É importante para a democracia que decisões progressistas sejam tomadas, mas a questão de quem consegue fazê-las também é significativa. Pode ser difícil defender esse tipo de argumento sobre a realidade latino-americana, especialmente em um contexto em que os tribunais têm desempenhado um papel tão ativo na preservação dos direitos. Mas o entusiasmo com isso não pode eliminar a necessidade de levar adiante a tarefa de projetar arranjos mais democráticos para a tomada de decisão coletiva. A judicialização não é a única resposta para a crise da democracia representativa” [Tradução livre].

329 MENDES, C. H. Judicial Review of Constitutional Amendments in the Brazilian Supreme Court. **Florida Journal of International Law**, [s. l.], v. 17, n. 3, p. 449-461, 2005. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=aph&AN=21933207&lang=pt-br&site=eds-live>>.

Acesso em: 6 jul. 2019, p. 461. “When it controls constitutional amendments, the Judiciary is not acting on a

de orientar a democracia pode se configurar numa apropriação indevida da constituição pelo Judiciário: “Quando ele controla as emendas, o Judiciário não está agindo em uma decisão nula, nem o sistema representativo está com defeito. O que acontece é que há um conflito sobre diferentes interpretações possíveis de cláusulas abertas da Constituição brasileira” [Tradução livre].

A desconfiança da revisão judicial como a última palavra, em termos de decisão sobre o conteúdo da Constituição, gravita entre a sutileza de saber quando se está assegurando a supremacia desta ou a hegemonia da corte constitucional ao cristalizar uma interpretação própria ao sentido de normas abertas, limitando o legislador.

Bercovici³³⁰ adverte que a ascensão do papel judicial, como garantidor do projeto constituinte, acabou por torná-lo um poder de importância igual ou superior em relação ao próprio criador: “A legitimidade da justiça constitucional na democracia implica a descrença dos representantes eleitos, considerando-se o juiz uma alternativa menos pior. Isso não passa, segundo Waldron, de um retrato idealizado do juiz e uma má-fama do legislador”.

A questão da declaração de inconstitucionalidade das emendas está imersa num contexto de controle de constitucionalidade problemático, onde decisões monocráticas, em sede de liminar, ignoram o plenário, o pedido de vista processual gradua o tempo de apreciação do mérito e a discricionariedade da retirada de matérias pautadas para julgamento violam o sentido mais primitivo de devido processo legal.

A título ilustrativo, mencionam-se decisões liminares nas ADIs nº 5.017/DF e nº 3.395/DF, que, apesar de fundadas em dispositivos das Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, abusam do poder geral de cautela para institucionalizar a violação a cláusula de reserva de plenário (*full bench*), insculpida no art. 97 da CF/88 e das legislações processuais constitucionais.

Na primeira ação, que questiona a validade da EC nº 73/2013, o então presidente do STF, Joaquim Barbosa, suspendeu, por decisão liminar, a vigência do referido ato normativo, vetando, monocraticamente, a decisão congressual de criação de 04 (quatro) Tribunais Regionais Federais (TRFs). Sem adentrar no mérito da coerência técnico-jurídica, essa decisão continua eficaz desde a data de sua concessão (17 de julho de 2013), não causando

decision void, nor is the representative system being defective. What happens is that there is a conflict on different, possible interpretations of open clauses of the Brazilian Constitution” [Texto original].

330 BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 324. HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

qualquer constrangimento ao colegiado do Supremo no sentido de confirmar ou cassar uma medida judicial precária, que embarga a decisão do poder de reforma³³¹.

Na outra ADI, que impugnava a constitucionalidade da EC nº 45/2004, o então presidente, Nelson Jobim, suspendeu, *ad referendum*, a interpretação da nova redação do art. 114, inciso I, para excluir da competência da justiça do trabalho matérias que, direta ou indiretamente, estejam relacionadas a regime jurídico de direito administrativo, representando uma decisão que impacta diretamente no trâmite e ajuizamento de milhares de ações judiciais³³².

Se, por um lado, a medida liminar cumpre o seu papel de eliminar potenciais danos e assegura o resultado útil do processo, por outro, nutre vigorosamente a individualidade em detrimento do consenso colegiado. Arguelhes e Ribeiro³³³, ao analisar a tendência e a permissividade de atuação individual dos ministros da Suprema Corte, denominam este fenômeno de “*judicial review individual*”, remanescendo o déficit de legitimidade de determinadas decisões em que o personalismo se sobrepõe à consciência de instituição.

O controle de constitucionalidade (forte)³³⁴ das leis e das emendas, nesse formato, confere à jurisdição um modelo de efetivação da constituição que exclui a política do processo. Aquela se agiganta, não apenas, para controlar o legislador, mas para definir o sentido da vontade constituinte, resultando no apoderamento da soberania popular, tornando esta mera expectadora na democracia e prisioneira do sentimento de que o Judiciário seria o foro possível de realização dos direitos. Isso resultaria em um processo contínuo de desacreditação do jogo democrático, fragilizando o poder popular e a Constituição.

Além disso, tal receio é historicamente justificado pela capacidade de fluidez do poder judicial em tempos de exceção, desempenhando este uma importante função no controle das

331 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.017/DF. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4437805>>. Acesso em: 16 jul. 2019.

332 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.395/DF. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3395&processo=3395>>. Acesso em: 16 jul. 2019.

333 ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos estud. CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, abr. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002018000100013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 16 jul. 2019. <http://dx.doi.org/10.25091/s01013300201800010003>.

334 Sobre os desdobramentos da adoção de um modelo de controle de constitucionalidade forte ver: WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review, 115 **Yale L. J.** (2006). Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

insurgências sociais legítimas, reverenciando a perpetuação de governos centralizadores ou dotados de superficialidade ou instabilidade democrática solar.

Godoy³³⁵, ao realizar um estudo sistemático sobre julgamentos emblemáticos pelo STF, durante regimes de exceção na história pátria, apresenta a face oculta da subserviência e da leniência judicial em face dos abusos às liberdades individuais. No mesmo sentido, Carvalho³³⁶ aponta, no curso do regime militar de 1964, a tensão existente entre os conceitos de independência judicial e Estado de Direito, incorporando o discurso retórico de manutenção daquele, enquanto legitimador da atuação falaciosa deste.

Resgatando a discussão para o atual momento da democracia, Mendes³³⁷, ciente da potencial capacidade de indolência judicial ante às aspirações autoritárias, somada à sistemática descredibilidade pela crítica do reacionarismo “bolsonaresco” e a tomada de decisões que destoam de consistência técnico-jurídica, cobra-lhe, em tempos de trevas, protagonismo, que não se confunde com autopromoção pessoal, mas na sua atuação fundada no princípio democrático.

Não se deseja a blindagem absoluta do legislador em faces das influências da Suprema Corte, mas a banalização ou, pior, a seletividade³³⁸ do controle jurisdicional das emendas constitucionais, em especial a identificação da violação ao conteúdo, o que indica um formato de judicialização nociva ao sistema democrático brasileiro.

335 GODOY, Arnaldo de Sampaio de Moraes. **A história do direito entre foices, martelos e togas: Brasil 1935-1965**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

336 CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Entre o dever da toga e o apoio à farda: independência judicial e imparcialidade no STF durante o regime militar. **Rev. bras. Ci. Soc.**, São Paulo, v. 32, n. 94, e329415, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092017000200512&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 jul. 2019. E-pub, July 13, 2017. <http://dx.doi.org/10.17666/329415/2017>.

337 MENDES, Conrado Hübner. “A política do pânico e circo”. In: **Democracia em risco?: 22 ensaios sobre o Brasil hoje**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

338 Tem-se como exemplo de seletividade de atuação da STF a apreciação da EC nº 95/2016 (Emenda do teto dos gastos públicos), que imprimiu, à Constituição vigente, uma série de limitações orçamentárias e que impactam diretamente na realização de direitos sociais básicos. Existem 06 ações diretas de inconstitucionalidade (5715/DF, 5734/DF, 5633/DF, 5643/DF, 5658/DF e 5680/DF), todas aguardando análise de liminar.

5 O PODER REFORMADOR E O DESVIRTUAMENTO DO ADCT NA CRISE DE PERENIDADE DAS PROMESSAS CONSTITUCIONAIS

A partir dos estudos feitos a respeito da natureza do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), pretende-se verificar, dentro do conflituoso embate sobre a efetividade da CF/88, não apenas os limites do poder reformador em face dessas normas, mas, sobretudo, os desdobramentos de suas ações, tendo em vista comprovar o desvirtuamento de sua manifestação a ponto de colaborar, em sentido contrário, para o estreecimento do pacto constitucional. E para avaliar a pertinência ou não das intervenções legislativas, toma-se como referencial o julgamento ratificador da validade da primeira emenda constitucional (nº 02/92), que alterou o disposto no art. 2º do ADCT.

A abordagem terá como foco, num primeiro momento, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 829-3/DF, perante o Supremo Tribunal Federal (14.04.1993)³³⁹, avaliando o grau de enfrentamento da natureza jurídica do ADCT como pressuposto para considerá-lo ou não como paradigmático em matéria de normas constitucionais transitórias.

Será avaliado o contexto em que se inseriu a presente decisão judicial, levando em conta os interesses políticos envolvidos na emenda que alterou algumas disposições do art. 2º, reunindo as principais informações, relacionadas aos fundamentos dos votos de cada ministro, a coerência para a formação do dispositivo e, por fim, as conclusões e críticas pertinentes ao consenso formado em torno da matéria. Isso se justifica pela necessidade de verificar se a coerência argumentativa das teses, em seu conjunto, debatidas pelo STF, habilitam ou compactuam com a afirmativa de que esse órgão autoriza, em qualquer hipótese, a alteração do ato transitório por emenda constitucional.

Com base na crítica deduzida, apresenta-se um conjunto de limites indispensáveis à preservação da natureza jurídica do ADCT e da força normativa da constituição, distinguindo

339 Além da ADI nº 829-3/DF, também foram ajuizadas, com o mesmo objeto, as ADIs nº 830 e 833-1/DF.

a potencialidade do poder originário em relação ao derivado no que diz respeito à produção normativa das disposições transitórias e sua respectiva finalidade.

A definição desses limites servirá de base para análise de reformas constitucionais ao ADCT da CF/88, tendo sido elencados quatro casos emblemáticos em que o poder reformador insere modificações no texto constitucional que desvirtuam a finalidade dos dispositivos transitórios ao mesmo passo que viola sistematicamente a Constituição Federal de 1988: a EC n° 58/2008 (criação dos municípios), a EC n° 73/2013 (instituição dos novos TRFs), a EC n° 80/2014 (emenda da Defensoria Pública) e a EC n° 88/2015 (ampliação do tempo de permanência dos ministros dos tribunais superiores).

Mais que um procedimento, a emenda constitucional tem suas raízes fundadas na legitimidade conferida pelo poder originário. As reformas que objetivariam o aperfeiçoamento do processo de afirmação do compromisso normativo de 1988 passam a, retoricamente, justificar comportamentos que, por ação e omissão, violam o texto constitucional, denotando, em certa medida, a incapacidade de dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais da democracia brasileira, convertendo a tentativa de estabilidade em um silencioso estado de exceção.

5.1 Análise do julgamento da ADI n° 829-3/DF

O início da vigência da Constituição de 1988 foi notadamente marcado pela contribuição decisiva, para o bem ou para o mal, da jurisprudência da Suprema Corte brasileira. A novidade de uma democracia pautada na supremacia constitucional, bem como a criação de novos institutos e a ressignificação de interpretações já consolidadas de outros, oportunizou um protagonismo que conferiu ao STF, na prática, o papel de último intérprete da Constituição. Assim aconteceu, por exemplo, com o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação declaratória de constitucionalidade e a ação de descumprimento de preceito fundamental, onde se observou, de forma mais evidente, o papel da (des)construção interpretativa desse tribunal.

O paradigma decisional utilizado para a presente discussão foi a ADI n° 829-3 (830 e 833-1), que tratou sobre a viabilidade normativa da alteração constitucional empreendida ao art. 2° do ADCT. A EC n° 02/1992, de autoria do ex-parlamentar José Serra, pugnava a antecipação da data de ocorrência do plebiscito (de 07 de setembro de 1993 para 21 de abril de 1993), que decidiria sobre a manutenção ou mudança da forma e do sistema de governo, além de prever outras questões instrumentais, bem como a data da respectiva revisão

constitucional³⁴⁰. Curiosamente, a referida emenda, de eficácia exaurida pelo advento da consulta popular, apesar de textualmente alterar o sentido da norma constitucional, não foi formalmente inserida.

À época, os congressistas entendiam como inoportuno o advento da revisão constitucional, apêndice hábil a dar vazão a uma possível vitória da monarquia constitucional e do parlamentarismo, que ocorreria em período próximo das eleições nacionais. A referida emenda foi objeto de ações de controle concentrado de constitucionalidade, que, dentre outros questionamentos, argumentava que tais normas não estariam sujeitas à reforma constitucional e, num segundo plano, questionava a antecipação do plebiscito, a definição de data do provável momento de vigência da nova forma e sistema de governo e, por fim, a possibilidade de regulamentação da matéria para além da competência normativa do TSE (Congresso Nacional), conforme mostrava o texto originário da Constituição de 1988.

5.1.1 Apresentação dos posicionamentos dos ministros do STF

No voto de abertura, o então ministro-relator *Moreira Alves*³⁴¹, corroborando o entendimento da AGU e da PGR, asseverou que não era compreensível o argumento que impedia a modificação do ADCT, levando em conta a sua categoria de norma constitucional acessória e que, apesar dessa condição, não podia ser considerada independente ou apartada do texto permanente.

Foi mais além para admitir a livre ação reformadora dos dispositivos, afirmando, *a contrario sensu*, que: “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 (p. 79)”. Abria-se um amplo acervo de possibilidades e conseqüentemente severos riscos à finalidade dessas normas e do próprio texto permanente.

340 A revisão constitucional, concebida como instrumento de modificação ampla e ocorrência pontual no texto constitucional de 1988, simbolizou uma das mais claras costuras políticas na constituinte, diante do impasse gerado pela escolha da forma e do sistema de governo a serem adotados no texto constitucional.

341 A questão pressuposta nesse julgamento tratou, implicitamente, a respeito da natureza jurídica do ADCT, onde afirmava-se, em sede de ADI, ser parte independente das normas permanentes e o fato de ser norma transitória. Ora, a condição de ser transitória não a torna inapta ao processo de alteração do seu conteúdo. Ordinariamente, o que habilita a mudança de uma norma por emenda constitucional é: ser norma do texto formal da Constituição e não existir impedimento de ordem material, configurando-se numa violação direta ou sistemática. Se essa norma for genuinamente transitória, adiciona-se, a esses dois requisitos, a não ocorrência de esgotamento da norma do ADCT, ou seja, não se pode admitir a alteração ou a revogação de norma sem vigência.

Os ministros Francisco Rezek, Octavio Gallotti e Sydney Sanches seguiram, sem apresentar fundamentos próprios, o relator Moreira Alves, fato que não é incomum na Suprema Corte e que, em certa medida, pouco contribui para o fortalecimento da dimensão deliberativa do colegiado.

Abrindo a divergência, o ministro *Marco Aurélio* apresentou uma linha argumentativa técnica, orientando-se pelo pressuposto de que o ADCT representa uma manifestação constituinte exclusiva e de caráter circunstancial, não sendo dado ao poder reformador alterar o sentido de normas transitórias que se prestam à transição, muito embora não renegue dignidade constitucional a estas. Entende o ministro pela intangibilidade ínsita às disposições de última vontade do legislador originário, sem, contudo, confundi-las com as cláusulas pétreas ou como normas que estariam acima ou fora da Constituição.

Menciona casos em que seria contraditório alterar o texto dessa espécie normativa, recobrando a sua vigência, eternizando situações pontuais e conferindo autonomia ao ADCT que, claramente, está vinculado à norma do texto permanente³⁴². Fazendo um prognóstico comedido, o ministro Marco Aurélio anteviu a potencialidade da exceção aberta, declarando a inconstitucionalidade da emenda constitucional.

O ministro *Celso de Mello* admite, tanto quanto às normas permanentes, o ADCT enquanto “categorias normativas subordinantes”, dotadas de elevado grau de positividade e rigidez, não vislumbrando motivos para inadmitir uma emenda constitucional. Com a convicção argumentativa de homogeneidade entre as categorias normativas da Constituição de 1988, o ministro permite-se horizontalizar a discussão, restringindo a sua razão de decidir ao fato de que nenhuma constituição estaria infensa à mudança³⁴³, bem como recorrendo à dicotomia entre poder constituinte originário e derivado.

O ministro *Néri da Silveira* segue posicionamento bastante assemelhável, reconhecendo a natureza constitucional das normas transitórias. Ao escolher não adentrar em

342 Menciona, estética e retoricamente, o art. 28 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793: “Um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar a sua constituição: - Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras”.

343 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 829-3/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Moreira Alves. J. 14-4-1993, **DJ de 16-9-1994**. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADI_829_DF_14.04.1993.pdf?Signature=ZJ2cKEBo85s56QbkjYloPWpqWVvk%3D&Expires=1542505765&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&respons e-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=6f0ec357a99542fc8fdbd44e645d5294>. Acesso em: 18 nov. 2018. “Uma vez admitido o poder de emenda, despido que é de contorno constituinte, aos Congressistas teria sido lícito, por exemplo, alterar o limite do mandato do Presidente da República em exercício em 1988, dos Governadores, Vice-Governadores, Prefeitos e Vice-Prefeitos de então, e o será quanto à data da própria revisão constitucional prevista no art. 3º do ADCT”.

questões mais sensíveis sobre a essência e as características do ADCT, considerou, *a contrario sensu*, que não haveria limites lógicos proibitivos à reforma para além daqueles instituídos no art. 60 da CF/88, afirmando que a paridade entre normas permanentes e não permanentes seria suficiente para avaliar a oportunidade de alteração por emenda.

O ministro **Sepúlveda Pertence**, diferentemente dos votos analisados acima, entendeu pela procedência parcial da ADI. Em suas exposições de motivos, o ministro fez uma análise panorâmica acerca do contexto da revisão constitucional, não se convencendo da argumentação de imutabilidade do ADCT: “Creio que 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” (p. 354).

Nesse sentido, concorda-se com o ministro Sepúlveda Pertence, pois, de fato, não é razoável aprisionar-se em um dos lados da dicotomia do absolutamente aceitável ou do inadmissível em qualquer circunstância. Apesar disso, o ministro Sepúlveda Pertence não enfrenta, ao menos de forma renunciativa, quais seriam esses limites, prejudicando a consolidação de uma tese do STF. Mas é certo que, ao admitir parcialmente a ADI, reconhece, no caso discutido, a possibilidade de alteração do ADCT por emenda constitucional.

Já o ministro **Carlos Velloso** não adentra diretamente na tese sobre a possibilidade de reforma do ADCT, mas no mérito da antecipação do plebiscito pela via da emenda constitucional. O que implicitamente pode ser deduzido do seu voto é a permissibilidade geral da alteração das normas transitórias, já que se limita a reforçar a tese de diferenciação entre poder constituinte e constituído. No entanto, assevera que a EC n° 02/92 esbarra numa limitação material implícita, pois a redução do prazo violaria a Constituição na medida em que prejudicaria o processo de maturação do eleitorado e o de que o dispositivo (art. 2°) que autoriza a revisão constitucional, por se tratar de mecanismo excepcional de alteração, não poderia ser emendado.

Paulo Brossard questiona o risco de que a pretensão louvável de instituir cláusulas irrevogáveis se torne dogmas que imobilizem o desejo social de mudança, comprometendo, pela positivação de um sentimento historicamente situado, as futuras gerações. Para o ministro, a Constituição deve estar aberta ao processo de mudança, reconhecendo a obra constituinte como inacabada³⁴⁴. Justifica, nesse sentido, a possibilidade de alteração das normas

344 Embora se concorde que não seja possível tomar as cláusulas pétreas como dogmas, não se enxerga com o mesmo otimismo a possibilidade de desconsiderar, deliberadamente, tais normas, principalmente, pelo contexto político oscilante e pela natural desconfiança, numa perspectiva democrática, do papel da jurisdição

transitórias, muito embora não tenha se aprofundado em relação à sua natureza peculiar ou limites de reforma.

5.1.2 A identificação das principais teses

Após analisar cada voto na respectiva ADI, faz-se importante elencar as principais teses relacionadas ao ato das disposições transitórias para que seja possível evidenciar o entendimento do Supremo sobre os limites ao poder de reforma constitucional em face do ADCT. Foram identificadas 03 (três) teses centrais:

1ª Tese: As normas do ADCT, ainda que possuam numeração própria e características distintivas, compõem a estrutura normativa do Texto de 1988 e, portanto, são normas constitucionais. Concorde-se que não há sustentação argumentativa para considerar algo criado pelo poder constituinte, promulgado no mesmo ato solene e que excepciona ostensivamente o texto permanente, como norma inferior ou fora da Constituição, muito embora distancie-se, em essência, do perfil de uma norma referencial e que aspira longa durabilidade.

A técnica do constituinte de 1988 (numeração autônoma) é de somenos importância para excluí-las do rol de normas formais. Ao enfrentar a suscitação de inconstitucionalidade de norma transitória em aparente conflito com o texto permanente, a Suprema Corte colombiana, utilizando o mesmo argumento para reconhecê-la enquanto norma constitucional, não apreciou o mérito da referida ação em virtude da impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de norma originária.

2ª Tese: E, por serem normas constitucionais, estão sujeitas ao procedimento instituído no art. 60 da CF/88. Ora, se são normas constitucionais como se afirmou em outras oportunidades, estão sujeitas à mudança pela alteração formal ou informal, ainda que seja tentador sustentar uma tese de imunidade absoluta em face do legislador reformador. Aliás, Carlos Ayres Brito³⁴⁵ defende, categoricamente, a total impossibilidade de reforma constitucional do ADCT, chegando a afirmar que tais normas seriam cláusulas pétreas, mas não sob a perspectiva de importância material delas, e sim uma restrição lógica de opção do

constitucional enquanto manifestação moderadora.

345 A EC n.º. 45/2004 trouxe uma série de artigos, prevendo a instituição de órgãos responsáveis pelo gerenciamento dos desdobramentos advindos das modificações constitucionais, bem como a instalação de comissões mistas no Congresso Nacional para a revisão da legislação processual. Observe-se, ainda, a previsão de regulamentação de algumas situações por Resolução (art. 5º, §2º e art. 6º).

poder constituinte ao segmentar o texto constitucional em dois grupos normativos diferentes, outorgando ao ADCT uma vigência atípica ou condicionada.

Conforme visto no estudo comparado, interno e estrangeiro, apesar de não ser uma prática ordinária, não se veda, em regra, a emenda constitucional em face das disposições transitórias. E muito embora não adentre em questões sensíveis sobre a extensão das limitações à reforma, o fato de ser transitória não impede a oportunidade de reforma por emenda. Em tese contrária, levantada pelo ministro Marco Aurélio, entendeu-se que, apesar de ser norma constitucional, o ADCT não seria passível de emenda, pois tais normas estão dentro da competência restrita do poder constituinte originário no momento da criação da Constituição³⁴⁶.

Em parecer da Comissão de Constituição e Justiça e Redação (CCJ), no curso do trâmite legislativo que resultou na EC n.º. 2, o então deputado Hélio Bicudo orientou o voto a partir das premissas das normas constitucionais transitórias, afirmando que não podem ser objeto de emenda constitucional, pois seriam normas de caráter excepcional e estariam fora do conceito de norma constitucional.

Por maior que seja a convicção sobre a ausência de razoabilidade em prolongar a vigência de normas tipicamente transitórias e que isso representaria uma evidência sintomática de amálgamas relacionados à estabilidade política e normativa, a realidade vivenciada na atual constituição de 1988 e a comunhão majoritária de entendimento a respeito do tema (doutrina e jurisprudência)³⁴⁷, tornam infinitas as possibilidades de reforma constitucional do ADCT, naturalizando comportamentos que desafiam as pretensões mais ousadas.

Defender uma tese de imutabilidade é incongruente na medida em que estas (normas transitórias) não se coadunam com a característica da irrevogabilidade do núcleo essencial das

346 CAMPOS, Francisco. **Direito constitucional**. São Paulo: Freitas Bastos, 1956, p. 364. Vale, diante disso, mencionar situação interessante, mencionada por Francisco Campos, ocorrida no processo de transição para a Constituição de 1934, onde o constituinte estabeleceu cláusula (art. 18) de imunidade absoluta de jurisdição dos atos praticados pelo Governo Provisório e seus agentes (interventores federais e delegados). Muito embora seja dissonante, injusto ou ilegítimo livrar o Estado da aplicação de legislação vigente (civil, penal ou administrativa) e, ao mesmo passo, obstar o controle jurisdicional, tal cláusula, em tábula rasa, estaria acobertada pelo poder constituinte originário. Outra coisa, por exemplo, seria permitir que os poderes constituídos (derivado ou decorrente) se arvorassem da mesma prerrogativa para impor exceções absurdas ao texto permanente, sob a justificativa de se tratar de norma transitória. É justamente nesse contexto que o mencionado autor analisa, quando do advento da CF/34, a previsão inserta no art. 1º do ADCT da Constituição do Estado de Minas Gerais, que, segundo o seu entendimento, ampliaria a imunidade dos atos do governo estadual na vigência da nova Constituição, excedendo a competência normativa ao tentar eximir-se do princípio da legalidade e dos próprios limites constitucionais.

347 BRITO, Carlos Ayres.

chamadas cláusulas pétreas, muito embora não seja prudente defender a liberalidade em qualquer circunstância. Ao contrário, as normas do ADCT, apesar da rigidez instituída às normas constitucionais, são naturalmente sujeitas ao exaurimento.

Nesse sentido, também não se sustenta a tese de que essas normas seriam flexíveis ou que não seriam normas constitucionais³⁴⁸. O que foi possível observar, no estudo do direito comparado, é que o ADCT compõe a estrutura normativa das constituições anteriores, bem como das constituições sul-americanas vigentes. Além disso, representam um produto da ação constituinte e, portanto, gozam, formalmente, do mesmo *status* das normas permanentes. Ressalta-se, ainda em confrontação, que o contingente de exceções estabelecidas no ADCT em face do texto permanente não poderia ser conferido por uma legislação infraconstitucional. E, por fim, a ação reformadora do seu texto, em várias oportunidades, comprova a natureza rígida conferida ao ADCT.

3ª Tese: O controle jurisdicional de validade das normas estende-se à apreciação das emendas constitucionais. Por ocupar, a norma originária, a centralidade do sistema jurídico, não há como identificar o conflito real entre uma norma permanente e uma transitória, sendo esta última enquadrada como uma medida excepcional e passageira em relação àquela. Portanto, não há questionamento sobre a previsão, no ADCT, de processos constitucionais, por exemplo, contrários ao que estabelece o texto permanente, pois a necessidade de se evitar o vácuo legislativo e natureza precária destas habilitam o constituinte a optar por caminhos mais efetivos de estabilização da nova ordem.

Atualmente não há um profundo dissenso doutrinário, mas na época do julgamento buscava-se a afirmação do Supremo enquanto instância legítima de controle dos atos legislativos, principalmente, no que tange às emendas, pois se estas retiram fundamento de validade da Constituição, estão indissociavelmente sujeitas à verificação pelo sistema de garantias processuais constitucionais, apesar da crítica de Conrado Hübner Mendes³⁴⁹ no que

348 À época dos debates congressuais sobre a possibilidade de se emendar o ADCT, o então deputado Hélio Bicudo, em voto separado, manifestou a impossibilidade de se alterar tais normas sob a alegação de que estas não fariam parte do texto constitucional. Uma sugestão desafiadora, mas que não encontra amparo argumentativo no próprio voto do parlamentar, nem mesmo indica qual seria o *status* normativo destas normas; mas é, no mínimo, contraditório afirmar que “disposições constitucionais” não são constitucionais ou que não fazem parte do Texto por estarem separadas das normas permanentes. Conforme afirmou: “Elas não são direito. Trazem, apenas, uma perspectiva de transformação, que pode, sequer, ocorrer”. A frase é contraditória, pois, se possui aptidão para surtir efeitos, está vigente e possui presunção absoluta de validade, estão enquadradas no dentro do fenômeno jurídico.

349 MENDES, C. H. *Judicial Review of Constitutional Amendments in the Brazilian Supreme Court*. **Florida Journal of International Law**, [s. l.], v. 17, n. 3, p. 449–461, 2005. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=aph&AN=21933207&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 6 jul. 2019.

se refere aos prejuízos que essas decisões causam reflexamente ao sistema democrático.

5.1.3 Reflexões sobre o entendimento do STF: a formação de um aparente consenso

Diante dos posicionamentos apresentados nas razões de decidir, é indispensável uma reflexão sobre o papel da Suprema Corte em questões polêmicas no controle concentrado. Refere-se aqui, propriamente, à coerência necessária à formação de uma decisão vinculante nessa seara, pois a discussão das teses deveria ser sucedida pela identificação dos fundamentos que embasam o dispositivo do acórdão. Parece óbvio afirmar que, pelo princípio de congruência, o resultado definitivo de uma decisão devesse ser precedido pelo consenso ou, ao menos, pela consolidação das teses ventiladas.

Observando a ementa do julgamento da ADI nº 829-3, constata-se que a mencionada summa é retirada de dois parágrafos do voto do ministro Moreira Alves (p. 74 e 78). Apesar de se tratar de uma decisão colegiada e com fundamentos diversificados, apenas o voto do relator consolidou o posicionamento dos outros dez ministros. A convergência é identificada pelos dispositivos dos votos individuais.

Da verificação do dispositivo da ADI nº 829-3, arrisca-se tirar conclusões que não foram objetivamente aprofundadas nos votos dos ministros. Concorde-se, parcialmente, com o ministro Sepúlveda Pertence ao admitir que a análise sobre a pertinência de uma alteração ao ADCT deva ser ponderada caso a caso, mas, ainda assim, entende-se que o não enfrentamento das teses que gravitam em torno da natureza do ADCT ensejou a falsa impressão de que o colegiado do STF autorizou deliberadamente a incidência de reforma, quando, apenas, 03 (três) ministros trataram da questão de fundo.

Apesar de verificar a existência de teses que convergem, majoritariamente, para a formação de um veredito sobre a constitucionalidade da EC nº. 2/92, entende-se que o Supremo perdeu uma boa oportunidade para definir os limites do poder de reforma em relação ao ADCT, sendo o controle concentrado o espaço para a discussão de teses, tendo em vista os prováveis impactos de suas conclusões para as situações futuras.

Careceu, portanto, de abordagem verticalizada, pois nem tudo o que está contido no ADCT pode ser objeto de reforma. Enquanto espécie do gênero “norma constitucional”, as regras do ADCT não podem ter o mesmo tratamento de uma norma permanente, possuindo, em regra, finalidades e características diversas. Da mesma forma, uma cláusula pétrea, ainda que detenha a mesma natureza normativa, possui distinções que não podem ser

desconsideradas no contexto de limitação do poder reformador, pois a sua duração está atrelada aos valores inalienáveis de uma determinada sociedade.

Cabe, nesse sentido, a crítica de Virgílio Afonso da Silva³⁵⁰ sobre a formatação do controle de constitucionalidade brasileiro e os prejuízos advindos do não incomum dissenso entre os magistrados da Suprema Corte brasileira, marcadamente, sintonizado por três características básicas: “a ausência de troca de argumentos entre os ministros; a inexistência de unidade institucional e decisória; carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal”.

Na primeira crítica, afirma que os ministros chegam para a sessão de julgamento com o voto definido e não estariam propensos a mudar de opinião. De fato, percebe-se que, apesar de existir um liame genérico em comum, os votos não se tocam, configurando-se, muito embora seja um órgão colegiado, monólogos sobre um mesmo assunto.

Na segunda, derivação da anterior, conclui que os ministros não julgam como instituição, ou seja, não há uma consolidação das teses que desaguem na formação do pensamento da Corte sobre determinado tema, mas do somatório dos votos favoráveis. Segundo Silva, esse modelo não faz sentido na medida em que o tribunal se legitima pela fundamentação de suas razões.

E na terceira, como consequência final, atesta, como também foi possível verificar pela análise da ADI n° 829-3, que: “As decisões do STF são publicadas como uma soma, uma ‘colagem’, de decisões individuais; muitas vezes é difícil, a partir dessa colagem, desvendar qual foi a real razão de decidir do tribunal em determinados casos”³⁵¹.

Numa decisão vinculante e *erga omnes* que decreta o fim da eficácia de um ato normativo pela declaração de invalidade, é importante não apenas o resultado da inconstitucionalidade, mas as teses que norteiam a razão de decidir. Afinal, isso representa a quebra da presunção de validade dos atos do Legislativo, objetivando ser referencial para casos futuros e, principalmente, pelo de que o Judiciário, em função da regra de fundamentação, encontra sua fonte de legitimação. Quando ela é turva ou contraditória, corre-

350 SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, jan. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144>>. Acesso em: 08 jul. 2019. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4144>, p. 217.

351 SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, jan. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144>>. Acesso em: 08 jul. 2019. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4144>, p. 217.

se o risco do abuso e do esvaziamento substancial de sua atuação.

Não se defendem votos iguais ou combinação antecipada de entendimento, mas uma definição clara das teses que serviram de base para a tomada de uma decisão final. Pode-se afirmar, portanto, que o presente julgamento não encerra a discussão sobre a matéria, deixando várias lacunas que ainda precisam de maior maturação doutrinária.

5.2 ADCT e Poder Reformador: um diagnóstico sobre a pertinência de alteração das normas constitucionais transitórias

A omissão não intencional do Supremo autorizou uma ampla ação legislativa em face das normas transitórias. O que se pretende demonstrar é que, em vez de funcionar como instrumento de transposição entre as ordens jurídicas, o ADCT, por meio da reforma constitucional, passou a mediar a relação entre o texto originário e as emendas constitucionais. Uma mediação, diga-se de passagem, conflituosa e que, conforme será demonstrado neste capítulo, compromete a efetividade da Constituição.

A política de mudança constitucional é, conforme foi possível verificar até presente momento, cercada de variantes, que, em muitas situações, não dialogam sistematicamente, tornando turvo o campo da efetividade de suas normas a ponto de criar uma desconexão entre mudança e efetividade, tornando inócua a reforma. Ao mesmo tempo que erode a identidade constitucional, torna-a um celeiro de contradições, mudando o sentido e a funcionalidade de seus institutos.

Isso fica mais evidente em relação ao comportamento disruptivo do poder reformador em relação à natureza das normas do ADCT, insuflando, dentro da própria constituição, um regime jurídico de “aparência transitória” paralelo e de contrafação à efetividade das normas permanentes. É possível, assim, constatar a vontade legislativa em relação à mutação dessas normas, projetando sobre elas uma diversidade de matérias que sequer possuem pertinência ou necessitariam compor o texto escrito da Constituição de 1988.

Há uma expressiva manifestação do poder reformador pós-1988, chegando o acréscimo de artigos a ser quantitativamente maior do que o ADCT de qualquer outra constituição anterior à vigente. Ao buscar justificar o argumento de desnaturação da finalidade das normas constitucionais transitórias e entender as nuances dessas manifestações reformadoras, foi feito um levantamento de todas as emendas que alteraram a Constituição, identificando a emenda constitucional, o ano de vigência, a matéria e a quantificação das

mudanças operadas (adição, modificação e supressão).

Tabela 2 – Rol de Emendas Constitucionais que alteraram o ADCT na vigência da CF/88

<i>Nº</i>	<i>EC/Ano</i>	<i>Matéria</i>	<i>Nº de alterações</i>
1	EC nº 02/92	<i>Altera o art. 2º do ADCT. (Regras sobre o Plebiscito)</i>	04
2	ECR nº 01/94	<i>Acrescenta os arts. 71, 72 e 73 ao ADCT. (Cria o Fundo Social de Emergência)</i>	17
3	EC nº 10/96	<i>Altera os arts. 71 e 72 do ADCT, introduzidos pela ECR nº 1, de 1994. (Altera o Fundo Social de Emergência)</i>	12
4	EC nº 12/96	<i>Acrescenta o art. 74 ao ADCT. (Cria a CPMF)</i>	05
5	EC nº 17/97	<i>Altera dispositivos dos arts. 71 e 72 do ADCT, introduzidos pela ECR nº 1, de 1994. (Altera o Fundo Social de Emergência)</i>	02
6	EC nº 21/99	<i>Altera o art. 74 do ADCT. (Altera as alíquotas e prorroga a CPMF)</i>	04
7	EC nº 27/00	<i>Acrescenta o art. 76 ao ADCT. (Criação da DRU)</i>	01
8	EC nº 29/00	<i>Acrescenta o art. 77 ao ADCT. (Fundo para a Saúde Pública)</i>	10
9	EC nº 30/00	<i>Acrescenta o art. 78 ao ADCT. (Regra de pagamento de Precatórios)</i>	05
10	EC nº 31/00	<i>Altera o ADCT, introduzindo artigos que criam o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – arts. 79, 80, 81, 82 e 83. (Criação do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza)</i>	19
11	EC nº 37/02	<i>Acrescenta os arts. 84, 85, 86, 87 e 88 ao ADCT. (Regras sobre pagamento de Precatórios e prorrogação e redefinição de alíquotas da CPMF)</i>	35

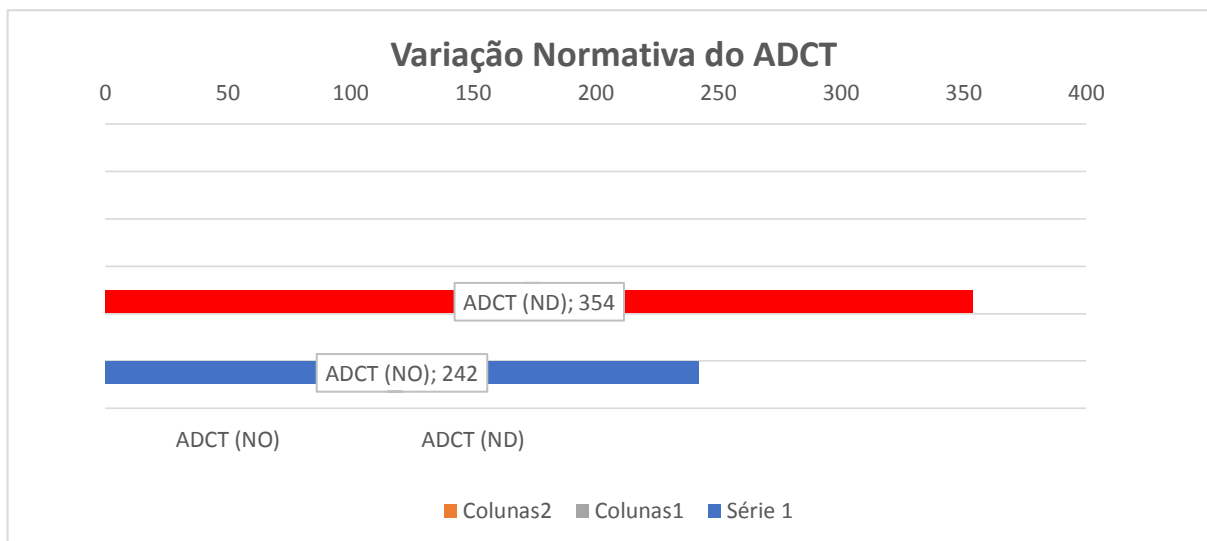
12	EC nº 38/02	<i>Acrescenta o art. 89 ao ADCT. (Incorporação de Policiais Militares)</i>	02
13	EC nº 40/03	<i>Altera o caput do art. 52 do ADCT. (Política Financeira)</i>	01
14	EC nº 42/03	<i>Altera o ADCT e inclui os arts. 90 a 94. (Regras tributárias e prorrogação da Zona Franca de Manaus)</i>	16
15	EC nº 53/06	<i>Altera o art. 60 do ADCT (Criação do FUNDEB – Prorrogação da política educacional para a erradicação do analfabetismo)</i>	38
16	EC nº 54/07	<i>Acrescenta o art. 95 ao ADCT (Regra de Nacionalidade)</i>	01
17	EC nº 56/07	<i>Altera o art. 76 do ADCT (Prorrogação da DRU)</i>	01
18	EC nº 57/08	<i>Cria o art. 96 do ADCT (Convalidação de Municípios)</i>	01
19	EC nº 59/09	<i>Altera o § 3º do art. 76 do ADCT (Altera percentuais da DRU)</i>	01
20	EC nº 60/09	<i>Altera o art. 89 do ADCT (Altera as regras de Incorporação de Policiais Militares)</i>	03
21	EC nº 62/09	<i>Acrescenta o art. 97 do ADCT (Regime de Precatórios)</i>	50
22	EC nº 67/10	<i>Altera o art. 79 do ADCT (Prorrogação, por tempo indeterminado, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza)</i>	01
23	EC nº 68/10	<i>Altera o art. 96 do ADCT (Prorrogação da DRU)</i>	04
24	EC nº 73/13	<i>Acrescenta o §11 no art. 27 do ADCT (Criação dos 04 TRFs)</i>	01
25	EC nº 78/14	<i>Acrescenta o art. 54-A ao ADCT (Indenização a Seringueiros)</i>	01

26	EC nº 80/14	<i>Acrescenta o art. 98 do ADCT (Ampliação da Defensoria Pública)</i>	03
27	EC nº 83/14	<i>Acrescenta o art. 92-A do ADCT para alterar o art. 92 (EC nº 42/03). (Prorrogação do prazo da Zona Franca de Manaus)</i>	01
28	EC nº 87/15	<i>Acrescenta o art. 99 ao ADCT (Alíquotas do ICMS)</i>	06
29	EC nº 88/15	<i>Acrescenta o art. 100 ao ADCT (Ampliação do tempo de aposentadoria compulsória para ministros do Judiciário)</i>	01
30	EC nº 89/15	<i>Altera o art. 42 do ADCT (Prorrogação dos recursos para Irrigação)</i>	04
31	EC nº 93/16	<i>Altera o art. 76 e acrescenta o art. 76-A e 76-B ao ADCT (Prorrogação da DRU e desvinculação receitas para os outros entes federativos)</i>	16
32	EC nº 94/16	<i>Acrescenta os arts. 101 a 105 ao ADCT (Regime especial de pagamento de Precatórios)</i>	21
33	EC nº 95/16	<i>Acrescenta os arts. 106 a 114 ao ADCT (Institui o Novo Regime Fiscal)</i>	50
34	EC nº 99/17	<i>Altera os arts. 101, 102, 103 e 105 do ADCT (Altera o Regime Especial de Pagamento de Precatórios)</i>	17

Fonte: dados da pesquisa.

Sob um prisma panorâmico de análise dos dados, são 34 (trinta e quatro) reformas constitucionais, representando, praticamente, um terço de todas as mutações formais já realizadas na Constituição Federal de 1988. Dessas surgiram 48 novos artigos que se desdobram em mais de 354 modificações ao texto constitucional traduzidas em acréscimos, supressões e alterações, ultrapassando o número total de dispositivos transitórios originários, ou seja, em 30 anos de Constituição tem-se um outro ADCT, reforçando a proposta de mistura normativa, conforme é possível verificar, ilustrativamente, no gráfico abaixo:

Tabela 3 – Tabela comparativa que leva consideração o número de dispositivos criados pelo constituinte originário e o poder reformador.



Fonte: dados da pesquisa.

Partindo para uma análise mais específica sobre a atuação do poder reformador em face do ADCT, observa-se um emaranhado de emendas que remetem à crítica feita no capítulo anterior no que tange às inserções que se traduzem em alterações de emendas constitucionais que, pela efemeridade da matéria normatizada, estão sujeitas a mudanças cíclicas, exigindo o esforço contínuo do legislativo para alterações sucessivas do ADCT.

Telles Jr., sobre as constituições analíticas, assevera o problema desse modelo no que tange à dificuldade de sua atualização³⁵². Mas a crítica, comum aos que defendem uma proposta sintética de constituição, desprende-se do momento da opção constituinte para alcançar a atividade reformadora do Congresso. Nesse sentido, a Constituição de 1988 nasceu não apenas analítica e dirigente, como também se desenvolve num processo de crescimento exponencial, sendo o ADCT uma presa fácil às aspirações das políticas de governo.

A reforma constitucional imprimida pelo legislador é sujeita a modificações sucessivas, tanto as que alteraram as normas originárias, quanto em relação aos novos artigos acrescentados ao ADCT. Nesse sentido, o Fundo Social de Emergência (ECR n° 01/94) foi criado e alterado duas vezes por emenda, numa proposta embrionária de desvinculação de receitas; a DRU (EC n° 27/00) foi criada e alterada em quatro oportunidades por emenda, possibilitando a burla das regras permanentes e dirigentes pela desvinculação parcial das

352 TELLES Jr. Goffredo. *A Constituição, a Assembleia Constituinte e o Congresso Nacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

receitas³⁵³; a CPMF (EC nº 12/96) foi instituída e modificada duas vezes por emenda; o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (EC nº 31/00) foi criado e alterado por emenda; e a regra de regime de pagamento de precatório (EC nº 30/00) foi alterada em três oportunidades.

Esse panorama reacende o debate sobre a constituição dirigente e o comportamento reativo do sistema constitucional, que, ao deparar com uma crise sistêmica, encontra no ADCT um caminho para subliminarmente diferir a efetividade das regras permanentes da Constituição Federal.

O mais contraditório é que os críticos que vinculam esse modelo ao engessamento e à austeridade do controle estatal são os mesmos que apoiam mudanças constitucionais que amarram o futuro da governabilidade e do gozo de direitos fundamentais (EC nº 95/2016 seria um bom exemplo). É o dirigismo (neoliberal) utilizado como forma de combater o próprio dirigismo (social), conforme a pertinente leitura da constituição dirigente invertida de Bercovici e Massonetto³⁵⁴.

No lado das alterações em face de normas originárias, tem-se dois casos interessantes. O primeiro em relação à destinação de recursos da União à irrigação: o constituinte concedeu o lapso temporal de 15 anos, sendo, por emendas, prorrogado por 10 anos (EC nº 43/04) e depois mais 15 anos (EC nº 89/15) com previsão de exaurimento em 2030.

O segundo trata da manutenção da Zona Franca de Manaus, onde o legislador conferiu incentivos fiscais pelo prazo de 25 anos. Após, em artigo criado em apartado (art. 92), acresceu 10 anos e depois, valendo-se da mesma técnica (art. 92-A), mais 50 anos, totalizando 85 anos de natureza jurídica e incentivos fiscais garantidos, ou seja, é uma norma transitória com previsão de vigência maior que a constituição mais longeva da história brasileira.

Não se questiona a importância das concessões realizadas para a manutenção das atividades necessárias ao desenvolvimento e empreendimento, mas esse comportamento de emendamento e consequente prorrogação demonstram a incapacidade de planejamento, em longo prazo, de uma política de desenvolvimento sólido para as regiões.

Essas alterações sucessivas se notabilizam pela mitigação da transitoriedade do ADCT. Primeiramente, porque não tratam, apenas, de simples alterações ao texto originário, mas de

353 O deveria ser um rearranjo provisório e com vias à superação da crise pela regulação das contas públicas, já dura mais de 25 anos e os problemas econômicos se ampliam. As sucessivas prorrogações evidenciam que os governos não possuem um plano sistemático e de longa duração para os problemas da dívida pública.

354 BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. **Separata de Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, v. 49, p. 1-23, 2006.

criação de novos artigos que sustentam um regime normativo que já deveria ter desaparecido. Em segundo lugar, pois o legislador cria a impressão de que tais normas teriam um prazo certo de existência para o exaurimento, quando, em verdade, elas são prorrogadas indefinidamente ou propriamente perenizadas, distorcendo, portanto, o sentido e a finalidade do ADCT, descortinando uma intenção política de cristalizar práticas com roupagem transitória, tendo em conta a incapacidade de implementação ou o prognóstico equivocado de realização das promessas constitucionais.

5.3 Os limites do poder reformador em face das normas constitucionais transitórias: os desdobramentos teórico-práticos da ADI nº 829/DF do STF

Em virtude da própria organicidade da constituição, enquanto sistema vivificado e significado pela interpretação de suas normas, é que não se pode admitir, deliberadamente, emendas constitucionais que desvirtuem a sua natureza, mas, principalmente, que subvertam a ordem constitucional permanente sob o argumento de que os fins justificam os meios. Para tanto, faz-se necessário analisar o julgamento paradigma do Supremo, que legitimou o processo de modificação do ADCT, projetando o debate e a definição das premissas sobre os limites do poder derivado, como também avistando um conjunto de vedações implícitas sobre determinados ADCTs.

Encontram-se, para além das teses centrais, reflexões que autorizam dizer que os ministros Paulo Brossard, Moreira Alves e Celso de Mello admitem a situação em que uma norma transitória se configuraria numa cláusula pétrea. É o raciocínio, *a contrario sensu*, que se pode extrair desses votos quando afirmam que a mudança, empreendida pela EC nº 02/92, não importou em violação ao conteúdo essencial ou na supressão total do art. 2º do ADCT, fazendo menção a núcleo intangível que não foi tocado.

Não se vê como plausível admitir que uma norma transitória seja, ao mesmo tempo, uma cláusula imutável, até porque o tempo de sua duração é certo e finito. Isso é possível deduzir, por exemplo, na passagem em que o ministro Moreira Alves³⁵⁵ menciona que a

355 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 829-3/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Moreira Alves. J. 14-4-1993, **DJ de 16-9-1994**. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADI_829_DF_14.04.1993.pdf?Signature=ZJ2cKEBo85s56QbkjYloPWpqWVvk%3D&Expires=1542505765&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&respons e-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=6f0ec357a99542fc8fdbd44e645d5294>. Acesso em: 18 nov. 2018. “[...] a fundamentação de que o art. 2º do ADCT implica, implicitamente, cláusula pétrea, quanto à forma e ao sistema de governo, para o procedimento de emenda do art. 60 da parte permanente da Constituição – só estaria em causa se a emenda constitucional sob exame houvesse revogado esse art. 2º ou alterado a

emenda teria apenas antecipado o pleito, o que não representaria malferimento ao núcleo essencial do ADCT.

Além disso, percebe-se uma restrição implícita. Ao entender que as normas constitucionais transitórias representam, em sua grande maioria, regras de exceção ao texto constitucional, reputa-se a sua natureza acessória em relação às normas permanentes. Em uma primeira percepção, a norma do ADCT terá efeito obstativo em face do poder de reforma quando a norma permanente excepcionada tratar de conteúdo irrevogável. Ou seja, não é o ADCT a cláusula pétreia, mas a regra que aquele excepciona temporalmente. Por esse motivo, uma ação reformadora que revigore uma exceção do ADCT ao texto permanente seria inconstitucional, além de ser descabido modificar uma norma exaurida.

Nesse caso, por se tratar de norma constitucional e ter a sua eficácia exaurida, remanescem, tal como indica a sua função essencial no contexto do direito intertemporal, os efeitos ultrativos, e estes, por sua vez, estariam protegidos pela regra da irretroatividade, bem como estariam impedidos de sofrer uma alteração.

A emenda não violaria diretamente o conteúdo essencial da norma transitória, mas a norma do texto permanente à qual está, expressa ou implicitamente, vinculada. Seriam normas transitórias dotadas de irrevogabilidade condicionada ou mitigada ao cumprimento de sua finalidade. Nesse sentido, elas não poderiam ser afetadas em seu núcleo essencial pelo poder reformador, mas não entram no conceito de cláusula pétreia, pois estão sujeitas a perda de vigência a termo provável.

A vinculação ao texto permanente é de fundamental importância para se entender o alcance da norma inserta no ADCT. Não há sentido em desprezar a sistematicidade em face de um pretensioso silogismo (*e. g.* O ADCT está na constituição. É, portanto, norma constitucional. E por se revestir dessa natureza, pode ser alterada.).

Tome-se como exemplo o tempo de mandato do presidente da república do texto permanente e o do transitório. Como regra de exceção e exaurida, não poderia sofrer uma modificação. Muito embora, se houver modificação do tempo de mandato no texto permanente, seria admissível, a depender do acordo político firmado, uma emenda para estender pontualmente o mandato do atual presidente, ou mesmo na própria que altera o texto permanente, uma previsão transitória que não obrigatoriamente resultaria em mudança textual

titularidade da decisão de que dele trata, ou, ainda, modificado a forma ou sistema de governo independentemente de plebiscito, ou contrariamente ao que nele fosse decidido” (p. 82).

à Constituição.

Entretanto, se hipoteticamente essa regra transitória vigente fosse objeto de uma PEC para dobrar o tempo de mandato do atual presidente, essa alteração seria inconstitucional por violar a regra permanente e, portanto, o próprio sentido de democracia e republicanismo. Se se altera o ADCT sem atentar nas normas permanentes, estar-se-ia admitindo um sistema normativo paralelo, que concorre com a centralidade e a unidade da constituição permanente e confronta-a.

Não há questionamento em relação ao nível hierárquico entre norma permanente e transitória, estando ambas as categorias no mesmo plano da supremacia formal. A diferenciação reside nas dimensões funcional e temporal. Cite-se como exemplo de vinculação entre regra permanente e transitória a previsão do art. 17 do ADCT, que contemporiza a incidência da Constituição (art. 37, incisos XI e XVI) em relação aos efeitos de fatos praticados em momento anterior à vigência da CF/88. A existência da referida disposição transitória está condicionada à existência e à prescrição da regra do art. 37. Aquela apenas desvela a forma de incidência desta, derivando da norma permanente o comando que impede a percepção de vencimentos acima do teto remuneratório.

Se existe regra no ADCT que não pode ser suprimida por emenda constitucional pelo fato de apresentar-se, em sua estrutura normativa, enquanto uma cláusula pétrea ou que não possua, ainda que implicitamente, o termo provável de seu exaurimento, certamente essa norma não será transitória, pois foi feita para durar enquanto existir a Constituição. Seriam normas atípicas equivocadamente inseridas no rol do ADCT, quando mereceriam espaço no texto permanente.

No geral, estas pertenceriam ao conjunto de regras vocacionadas às disposições gerais ou finais da Constituição, pois se distanciam das características essenciais daquelas, apesar de existir similaridade finalística. Elas seriam, conforme apresentação em capítulo anterior, normas de transição, ou seja, que se aproximam, em termos de finalidade, do ADCT, mas se distanciam do aspecto da provisoriedade, podendo ser uma cláusula pétrea ou uma norma constitucional com ânimo de permanência.

Num segundo momento, a emenda que altera o sentido normativo do ADCT para convalidar situações inconstitucionais, aniquilar ou suspender, ainda que pontual ou temporariamente, a eficácia da regra permanente também representa uma vedação implícita

ao poder reformador da CF/88³⁵⁶, não se admitindo, a não ser por vontade expressa do legislador originário, a reforma com pretensões contrárias às regras e aos princípios da Constituição Federal.

Nesse ponto, é necessária uma análise cuidadosa da posição do ministro Moreira Alves, pois apesar de considerar a incidência de emenda tendente a restringir ou ampliar a transitoriedade, não se pode negligenciar a sua compatibilidade material e sistêmica com a Constituição. Não é sempre, portanto, que uma modificação poderá tratar de qualquer matéria, principalmente quando esta confrontar o texto permanente.

Restringir ou ampliar uma regra de exceção (transitória) do poder originário ou, ainda, admitir a instituição de uma nova exceção criada pelo poder reformador não foi questão verticalmente debatida pelo Supremo. Considera-se que, em regra, não seria dada essa prerrogativa ao Congresso Nacional, não apenas pela confrontação lógica de prorrogar algo que é, por natureza, transitório, mas estar em consonância com o sentido e a efetividade das normas permanentes.

E, por fim, conforme será debatido com maior aprofundamento nos tópicos seguintes deste capítulo, não é permitido ao legislador reformador emendar as normas transitórias de eficácia exaurida. A natureza acessória e temporária das normas constitucionais transitórias impede a reforma tendente a recuperar a eficácia, principalmente, daquelas que, em razão de situações relacionadas à transição, apresentam-se como exceções às regras permanentes, incidindo em maior gravidade naquelas tendentes a permitir a simplificação de processos legislativos ou a usurpação de competência legislativa.

As reflexões inerentes aos posicionamentos analisados nos tópicos anteriores permitem constatar a existência de outros desdobramentos acerca da relação supostamente pacífica entre poder reformador e normas transitórias. A decisão de 1993 (ADI nº 829-3), na verdade, é o ponto de partida para o aprofundamento da temática, pois apesar de vir no contexto do controle concentrado, ela foi tópica, visto que encontrou uma resolução eficaz a partir da polêmica sobre a mudança de regras específicas acerca do plebiscito. É bem provável que aquele colegiado não vislumbrasse os potenciais riscos de uma interpretação

356 Pode-se arguir, para além das situações reais que serão demonstradas em tópico desse capítulo, hipoteticamente, vedações implícitas ao poder de reforma, tais como: ampliar o tempo do mandato do presidente da república (art. 4º do ADCT) contra o art. 82, ampliar o número estados da federação (art. 13 do ADCT) ou criar territórios à revelia do art. 18, ampliar ou extinguir o prazo de extensão da estabilidade no serviço público, trocar a forma de consulta ou extingui-la do art. 2º do ADCT, recobrar a eficácia para se permitir uma nova revisão constitucional ao arrepio do art. 60.

condescendente com os interesses legislativos à época, mas o certo é que, mesmo sem saber, acabou criando problemas que retornariam a compor a pauta de julgamento daquele tribunal.

5.4 O alcance do conteúdo normativo das normas do ADCT desprovidas de eficácia

Concluiu-se, no decorrer desta tese, que o ADCT tem natureza jurídica de norma constitucional, gozando de mesma hierarquia normativa, sendo componente dotado de eficácia (positiva e negativa), que vincula, portanto, toda a sociedade, em especial aqueles que lidam com a aplicação de seus preceitos no âmbito do direito válido.

Após perquirir acerca dos limites do poder reformador de 1988, mas ainda no contexto de sua competência constitucional, em face dos ADCTs, resta saber, dentre as disposições transitórias, a utilidade daquelas normas que cumpriram o seu papel no processo de transição entre ordens jurídicas ou mesmo aquelas que, por algum motivo, exauriram a sua eficácia. Afinal, o que resta a essas disposições? Essa é uma questão que não foi discutida na ADI nº 829-3/DF e que representa um ponto de tensão entre a natureza do ADCT e a manifestação do poder constituído.

Horta³⁵⁷ sugere que essas normas teriam valor meramente histórico, o que objetivamente implicaria perda da vigência, impedindo, sequer, nominá-las de normas jurídicas. Não há falar, portanto, em processo de desconstitucionalização, pois nessa situação presume-se a perda da qualidade de norma constitucional para se revestir de categoria normativa inferior. A desnaturação, no caso, indica a perda da capacidade de vincular qualquer comportamento para as situações posteriores que, porventura, institua a norma exaurida³⁵⁸.

É importante, portanto, entender a relação de temporariedade e vigência para que não se incorra em armadilhas retóricas ou argumentos equivocados. Observa-se nesse ponto a análise de Mendes³⁵⁹ sobre a impossibilidade de se, por exemplo, emendar o ADCT para

357 HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

358 SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 204-205: “[...] Seu caráter transitório indica que regulam situações individuais e específicas, de sorte que, uma vez aplicadas e esgotados os interesses regulados, exaurem-se, perdendo a razão de ser, pelo desaparecimento do objeto cogitado, não tendo, pois, mais aplicação para o futuro”.

359 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 78. “Nesses casos, o constituinte originário quis investir beneficiários certos em direitos determinados, de tal sorte que, se o constituinte de reforma lhes subtraísse ou diminuísse a vantagem, estaria perpetrando, senão um ataque à cláusula pétreas da segurança jurídica ou do direito adquirido, certamente que uma fraude ao constituinte originário. Assim, não seria válida uma emenda que restringisse os contemplados pela anistia concedida pelo constituinte originário no art. 8º do ADCT. Tampouco seria válida a emenda que tivesse por efeito anular a estabilidade no serviço público concedida pelo constituinte originário, no art. 19 do ADCT, aos servidores que, quando da promulgação da Carta, estavam há pelo menos cinco anos no serviço público,

extinguir o direito à estabilidade no serviço público, nos termos do art. 19 do ADCT.

Ora, não é possível alterá-la, pois simplesmente perdeu a vigência, e uma potencial emenda sobre o assunto, por vedação constitucional, não retroagiria para alcançar as situações consolidadas, sendo inócua para rediscutir uma regra exaurida ou tratar de situação, já que a regra permanente obstaculiza a possibilidade de estabilidade sem concurso público. Da mesma forma que não se pode modificar uma medida provisória que perdeu a sua vigência, não é possível modificar a norma constitucional transitória exaurida.

As normas constitucionais, atendendo a essa condição (norma jurídica), possuem a qualidade de vincular positiva e negativamente o Congresso Nacional, tanto no que tange ao poder de reforma, quanto em relação à criação, modificação ou extinção da legislação infraconstitucional, importando afirmar que o comportamento por ação ou omissão pode acarretar uma inconstitucionalidade.

No que toca à força normativa do ADCT, admite-se que, enquanto vigente, possui a mesma capacidade de vinculação. Já a norma exaurida não dispõe de qualquer força vinculante em relação ao legislador. Entretanto, não poderá sofrer alteração por emenda por dois motivos: em primeiro lugar, porque juridicamente ela não existe, ainda que persistam os seus efeitos ultrativos; em segundo lugar, ainda que se queira reativar a normatividade de um dispositivo exaurido, não será possível instituir uma nova exceção à regra do texto permanente se esta é cláusula pétrea ou se viola norma atinente ao procedimento legislativo. Ou seja, a eficácia negativa não provém da norma transitória exaurida, mas do dispositivo permanente.

Nesse sentido, não seria possível, por exemplo, uma emenda ao ADCT para recuperar a eficácia da revisão constitucional nos termos em que foi originariamente proposta, pois representaria violação ao art. 60 da CF/88, referente à supremacia e à rigidez da constituição. Não se permite, conforme análise posterior, recuperar ou postergar prazos exauridos, usurpar, ainda que pontualmente, competência legislativa determinada do texto permanente ou cassar situações consolidadas. Não é dado, portanto, recuperar as regras transitórias de exceção, pois é um atributo restrito ao poder originário.

Sem eficácia, portanto, as normas transitórias exauridas não se prestam à fiscalização concreta ou abstrata dos atos normativos que, porventura, possam, sob aspecto aparente, confrontar com elas. Desprovidas de eficácia, não poderiam servir de fundamento de validade para o controle de normas, cabendo, entretanto, ao intérprete verificar se o ato legislativo

embora não houvessem ingressado nos quadros da Administração por meio de concurso público”.

editado violaria ou não a Constituição, tendo como parâmetro a norma permanente da qual se vinculava o ADCT ao tempo de sua vigência.

Tramita, na Câmara dos Deputados, a PEC nº. 467/2010, de autoria do deputado federal Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA), que acrescenta às normas constitucionais gerais o art. 250-A à CF/88, objetivando revogar o ADCT, resguardando a ultratividade dos que resguardam situações consolidadas, bem como a manutenção daquelas que ainda não exauriram a sua eficácia³⁶⁰.

Nesse contexto, a proposta de redação redireciona a matéria sobre o pagamento de precatórios judiciais e as Zonas Francas à reserva de lei complementar. A PEC ainda estabelece uma norma transitória que condiciona a eficácia dos artigos do ADCT ao advento de lei complementar ou ordinária, sendo enfático em relação ao art. 34 do ADCT (Sistema Tributário Nacional).

Em sua justificativa, o referido deputado indica que grande parte dessas normas perderam a eficácia, bem como, pelo preciosismo do legislador, não deveriam estar no corpo do texto constitucional, pois não possuem estatura material de norma da Constituição. Reconhecendo a natureza e a finalidade de tais normas³⁶¹, afirma que “tais normas não merecem mais o mesmo *status* normativo, uma vez que as situações para as quais foram concebidas já produziram os seus efeitos”.

A viabilidade dessa proposta de emenda é confrontada por questionamentos lógicos, pois, apesar da boa intenção, não seria possível revogar, por emenda, um ato normativo que exauriu a sua eficácia ou mais precisamente perdeu a vigência. Estas por si só perderam, não apenas, o *status* constitucional, mas a própria natureza de norma jurídica, reconhecendo nestas um valor histórico em sua concepção, aplicabilidade e exaurimento, nos mesmos termos em que figura o preâmbulo da constituição. Há concordância, entretanto, em relação à desnaturação de matérias que poderiam receber um melhor tratamento no âmbito da regulamentação infraconstitucional.

360 Em solução assemelhável, o poder reformador da Constituição costarriquenha procedeu a um amplo processo de derrogação de suas normas transitórias.

361 “[...] Diante do que preconiza a técnica legislativa constitucional, que as Disposições Constitucionais Transitórias se prestam a fazer a passagem entre a ordem constitucional pretérita e aquela que está se estabelecendo, momento em que diversas ocorrências transitórias devem ser abordadas, de modo, inclusive, a minorar as possíveis instabilidades institucionais”.

5.5 O poder reformador e os ADCT: questões teórico-práticas sobre a realização das normas constitucionais

Passada a discussão acerca dos limites do poder constituinte derivado sobre o ADCT, em situação de vigência ou em completo estado de exaurimento normativo, cumpre delinear as repercussões práticas desse campo da ação reformadora, adentrando não apenas no debate teórico sobre a conformação e a constatação da desnaturação das normas constitucionais transitórias, mas também em como esse processo de modificação acaba por gerar riscos que subvertem a própria ideia de unidade da constituição e da validade, considerando os sucessivos embargos proporcionados à efetividade do texto permanente da constituição de 1988.

Nesse sentido, elencaram-se, a título de exemplo, algumas situações em que as reformas ao ADCT representaram, nesse entendimento, a completa inversão do papel do legislador reformador refratário à proposta de sistematicidade da constituição federal de 1988, agravando a unidade e a efetividade do sistema. A predileção pelas questões analisadas a seguir não prejudicam o estudo do fenômeno de outras emendas que se orientaram no mesmo sentido.

5.5.1 Caso 01: EC n° 73/2013 dos Tribunais Regionais Federais: usurpação da atribuição legislativa e violação ao devido processo legislativo

A EC n°. 73/2013, apesar da pouca repercussão no campo doutrinário, é ladeada de aspectos polêmicos sobre os termos de sua inserção no texto constitucional. A criação de mais quatro TRFs está inserida num contexto da reforma do judiciário, empreendida pela EC n°. 45/2004. Essa emenda significou o desencadeamento de um amplo processo legislativo e administrativo de reformas de reestruturação do Poder Judiciário, representando uma tentativa de alinhamento institucional deste em relação às liberdades fundamentais, mas, principalmente, ao Estado Democrático de Direito, que proporcionou, em razão do vasto catálogo de direitos, a emersão de uma litigiosidade reprimida.

A forma encontrada para instaurar o conjunto das políticas públicas judiciárias foi, inicialmente, a readequação do texto constitucional. Valendo-se da maior alteração à Constituição, o Congresso Nacional inseriu diversos instrumentos de racionalização da atividade jurisdicional (súmula vinculante, repercussão geral no recurso extraordinário, razoável duração do processo, Conselho Nacional de Justiça e Ministério Público etc.), bem

como desencadeou uma série de modificações no plano infraconstitucional (reformas processuais gradativas e regulamentação de dispositivos constitucionais).

Importante mencionar que, para além da controvérsia sobre a viabilidade técnica e jurídica da EC n.º. 73/2013, que, por si mesma, condensa um amplo repertório de questionamentos sobre a sua validade³⁶², esta análise restringe-se à manifestação do poder reformador no que tange à inclusão do § 11 no art. 27 dos ADCTS³⁶³ para instituir os quatro Tribunais Regionais Federais (TRFs) e os seus desdobramentos.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) bem como a formatação dos tribunais federais são frutos da interação entre normas permanentes e transitórias. O art. 27 dos ADCTS estabeleceu a instalação do STJ e dos cinco TRFs, que foram divididos levando em consideração a abrangência das regiões brasileiras e, sobretudo, o critério populacional. A norma transitória em questão foi criada com um propósito específico, esvaindo a sua eficácia a partir da instituição dos órgãos vinculados ao poder judiciário da União.

De outro lado, os artigos art. 104 ao 109 reúnem o conjunto de normas permanentes que definem a forma de ingresso nos tribunais, como também a competência material e funcional da justiça comum federal. Trata-se, portanto, de uma norma transitória institutiva ou orgânica, que, peculiarmente, teve arruinada a sua eficácia em função do atingimento do seu propósito.

Ou seja, a norma perdeu a aptidão para surtir efeitos, possuindo uma vigência meramente figurativa ou histórica no texto constitucional. É inviável admitir que uma norma de eficácia exaurida, de natureza transitória, possa ter restaurado a sua aptidão pela via da emenda constitucional, pois, apesar de estar ainda vigente, a disposição foi propositalmente criada pelo legislador constituinte em razão de uma situação específica.

Eventual modificação estrutural deve ocorrer no texto permanente ou, como oportunamente define a norma originária, por força de lei infraconstitucional, alterando a Lei

362 A referida emenda constitucional é objeto de análise na ADI n.º 5.017/DF, que suspendeu, por meio de medida cautelar, os seus efeitos.

363 Art. 1.º O art. 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte § 11: “Art. 27. [...] § 11. São criados, ainda, os seguintes Tribunais Regionais Federais: o da 6.ª Região, com sede em Curitiba, Estado do Paraná, e jurisdição nos Estados do Paraná, Santa Catarina e Mato Grosso do Sul; o da 7.ª Região, com sede em Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais, e jurisdição no Estado de Minas Gerais; o da 8.ª Região, com sede em Salvador, Estado da Bahia, e jurisdição nos Estados da Bahia e Sergipe; e o da 9.ª Região, com sede em Manaus, Estado do Amazonas, e jurisdição nos Estados do Amazonas, Acre, Rondônia e Roraima.”(NR)

Art. 2.º Os Tribunais Regionais Federais da 6.ª, 7.ª, 8.ª e 9.ª Regiões deverão ser instalados no prazo de 6 (seis) meses, a contar da promulgação desta Emenda Constitucional.

Art. 3.º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

nº 7.727/89. Violar a vontade constituinte, representa um comportamento ilegítimo do poder reformador, podendo ensejar, como na situação concreta, uma ameaça sistêmica à validade e a força normativa da constituição.

Valendo-se da prerrogativa de poder reformador, o Congresso Nacional emendou a constituição para criar Tribunais Regionais Federais. Dentre as funções atípicas designadas ao Judiciário está, no art. 96, inciso II, “c”, a competência privativa para deliberar acerca da criação e extinção de tribunais inferiores, perfazendo-se, no contexto de sua independência institucional, na autonomia administrativa e orçamentária para definir a viabilidade de manutenção de sua estrutura orgânica, respeitados os limites da própria constituição. Observe-se, que, além do art. 27 se tratar de norma eficácia esvaída, o poder constituído violou, sob o aspecto formal (orgânico) e material, a Constituição Federal de 1988 ao passo que usurpou não apenas a regra da reserva de lei, mas a competência do Judiciário para instaurar o pertinente processo legislativo, bem como a separação de poderes.

Ainda que esteja em nível hierarquicamente superior em relação às demais manifestações infraconstitucionais do ordenamento jurídico, a emenda não está habilitada a invadir a reserva de iniciativa definida pelo legislador constituinte, não sendo argumentativamente lógico admitir a premissa silogística de que “quem pode o mais, pode o menos”.

Nesse sentido, o Supremo já sedimentou, em diversos julgados³⁶⁴, entendimento ao asseverar o vício formal de emendas constitucionais tendentes a burlar o devido processo constitucional legislativo. Em uma dessas oportunidades, o STF, na ADI nº. 4.284/RR, declarou a invalidade da emenda que alterou o art. 33 da Constituição estadual de Roraima por usurpar a iniciativa privativa do Chefe do Executivo para tratar do regime de servidores públicos dos seus quadros.

No mesmo sentido, a ADI nº. 5.211/PB impugna a emenda nº 35 por obrigar o Executivo a nomear ao cargo procurador-geral do Estado apenas os membros da carreira. Além de violar a separação de poderes por conta da supressão do vício de iniciativa, a norma também é materialmente inconstitucional por ferir o princípio da simetria (art. 131, §1º da CF/88).

A criação dos cinco tribunais regionais federais se deu por norma transitória em razão

364 Ver ADI nº 4.284/RR, ADI nº. 3.930/RO, ADI nº. 3.777/BA, ADI nº. 2.654/AL e ADI nº. 2.192/ES. Basicamente, todos os julgados elencados tratam da usurpação de iniciativa legislativa do Poder Executivo por emenda constitucional estadual.

de que se inaugurava uma nova ordem constitucional, em que se buscava originariamente a sistematização da justiça federal, sendo irremediavelmente um ato criador do legislador constituinte, pois não caberia ao Judiciário o exercício de poder constituinte. Depois de criado, estabeleceu-se como competência privativa deste poder a oportunidade de definir a ampliação, a extinção ou alteração da organização e divisão judiciárias, suprimindo a possibilidade de competência legislativa concorrente com outro poder (Legislativo ou Executivo), pois não há mais força normativa a ser extraída das regras transitórias de aplicabilidade exaurida.

O que se quer afirmar é que o art. 27 é uma norma transitória que estabelece uma exceção pontual ao texto permanente da Constituição de 1988, visto que deixa a cargo do constituinte originário a organização da justiça federal. Criados os TRFs, o eventual aumento ou supressão, no curso da vigência da atual constituição, fica por conta do processo legislativo ordinário, vedando-se a competência do poder reformador para tratar dessas questões.

Situação que envolve abuso de competência constitucional, no caso, pelo poder derivado (decorrente), aconteceu com a questão da organização político-administrativa na CF/88 e a previsão nos ADCTs da Constituição estadual do Rio Grande do Sul, excepcionando as regras de criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios naquele Estado. No art. 45 desta, criou-se o município de Ana Rech, à revelia do processo constitucional estabelecido nesta e na Constituição Federal. Em vez de recorrer à regulamentação infraconstitucional, o legislador decorrente resolveu inovar ao prever, pontualmente, a criação de uma nova entidade federativa pelo desmembramento do município Caxias do Sul.

No julgamento da ADI n°. 192, o então ministro Moreira Alves, juntamente aos demais membros daquela composição, entendeu, dentre os diversos argumentos elencados, que não se pode instituir por norma constitucional estadual, o que está reservado, pela CF/88, à lei ordinária, impondo “aos Estados-membros a participação, em sua feitura, do Chefe do Poder Executivo Estadual, que pode, inclusive, vetá-la”³⁶⁵.

O atalhamento procedimental, portanto, vulnerou a literalidade do art. 18, § 4º da CF/88, da mesma forma que se observa com a edição da EC 73/2013 em relação ao art. 96, ao usurpar, a um só tempo, a participação legislativa do Judiciário e do Executivo, abrindo-se um permissivo capaz de flexibilizar nocivamente a participação e o controle recíproco entre os

365 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação direta de inconstitucionalidade** n°. 192-2/RS. De forma mais incisiva, o ministro Celso de Mello asseverou na presente ADI que: “O Estado-membro – não obstante titularize o poder constituinte decorrente, que se revela, no entanto, em função de sua natureza mesma, essencialmente limitado no plano jurídico – não dispõe, por essa razão específica, de competência para, mediante norma própria de índole constitucional, criar município”.

poderes, na medida que uma “emenda provisória” ao ADCT, possa retirar e, logo em seguida, devolver competências constitucionais atribuídas sistematicamente pela mera conveniência do poder reformador.

Conforme defendido em tópico deste capítulo, não é dado ao Congresso Nacional a competência reformadora para excepcionar, em renovado texto do ADCT, regra do texto permanente, sob pena de subverter a coerência do sistema normativo. Essa prerrogativa é exclusiva do poder constituinte originário, pois é no contexto de transição entre ordens jurídicas que se autoriza a ação estabilizadora das regras de exceção.

O problema não é a ausência de iniciativa do Judiciário para propor emendas, mas o seu direito constitucional, com fundamento no controle recíproco, de participação em processo legislativo para dispor acerca do autogoverno judiciário³⁶⁶, afigurando-se (art. 96, I, “c”) como uma cláusula pétrea implícita e, portanto, imune à supressão ou flexibilização tendente a restringir a prerrogativa do poder judicante, sendo aquele dispositivo uma decorrência lógica do art. 60, §4º, inciso III.

Observa-se que, ao utilizar o ADCT para a criação de novos tribunais, o legislador reformador tentou se esquivar do procedimento de alteração da Constituição, sem levar em consideração o papel do Judiciário. A banalização da mudança constitucional e, pior, da constitucionalização de regras que deveriam adotar o formato lei infraconstitucional compara-se ao delírio de Midas em transformar, inutilmente e à revelia da coerência sistêmica, tudo o que toca em norma constitucional.

5.5.2 Caso 02: EC n° 57/2008 da Criação dos Municípios: a vontade política e a violação ao pacto federativo

Loewenstein³⁶⁷, ao analisar os mecanismos horizontais e verticais de controle do exercício do poder no estado constitucional, elenca o federalismo (juntamente às liberdades fundamentais e ao pluralismo) como instrumento de contenção à manifestação plena do poder

366 Definitivamente, a criação de Tribunais não é medida que exija a manifestação do poder reformador em razão da atribuição explícita conferida ao Judiciário e que, portanto, não comportaria interpretação extensiva para considerar tal medida uma consagração do direito fundamental de acesso à justiça à revelia dos limites constitucionais de reforma. Não se pode afirmar, *a contrario sensu*, que a constitucionalidade da EC n° 45/2004 tenha criado um precedente autorizativo para que o Legislativo pudesse empreender, livremente, outras mudanças na gestão judiciária, pois a ampla reforma do judiciário importava na mudança da Constituição e, ao contrário do que se pretende por meio da EC n° 73/2013, potencializou os poderes da gestão judiciária.

367 LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Traducción: Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

central, tendo por base a distribuição das competências por meio de uma constituição escrita, sendo inviável conceber, segundo revela categoricamente, tal forma de Estado sem um documento político que defina, minimamente, a coesão, a autonomia, a preservação das expressões histórico-culturais de cada entidade federativa e a comunidade de interesses políticos, econômicos etc.

De fato, esse modelo de organização político-administrativa representou uma das principais contribuições (teórica e prática) do constitucionalismo norte-americano para a conformação do modelo experimentado por considerável parcela das democracias ocidentais modernas.

O federalismo brasileiro ³⁶⁸, apesar da inspiração norte-americana em sua transplantação, desenvolveu-se de maneira muito peculiar, enfrentando, ao longo da história, um processo de amadurecimento não-linear sob aspectos normativos e práticos, ladeado por avanços e retrocessos que, de certo modo, materializam alguns dos impasses ainda existentes na ordem constitucional de 1988.

Isso se deu, sobretudo, em relação a uma cultura político-administrativa que partiu de um modelo de organização estatal centralista (Estado Unitário) para um federalismo de concessão, pois recorreu-se voluntária e estrategicamente, ao menos normativamente num primeiro momento, à descentralização como forma de consolidação do seu vasto território. Seria, portanto, inapropriado trazer elementos comparativos ou de pureza paradigmática capaz de evidenciar um modelo certo de outro equivocado ³⁶⁹.

O ordenamento vigente instituiu um federalismo cooperativo, visando fortalecer a atuação social e econômica por meio da colaboração mútua entre os entes políticos, tendo em conta as desigualdades regionais. O modelo normativo espelha, portanto, a repartição de competências materiais e legislativas ao fim de delimitar a autonomia de cada um, e, ao

368 Nesse sentido, pode-se mencionar, em relação a forma de Estado, as ideias de: Frei Caneca; BASTOS, Aureliano Cândido de Tavares. *A província: estudo sobre a descentralização do Brasil*. Edição Fac-Similar, Brasília: Senado Federal, 1996; VIANNA, Oliveira. **O ocaso do Império**. 3. ed. Rio de Janeiro: ABL, 2006; Rui Barbosa e Joaquim Nabuco.

369 LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Traducción: Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976, p. 362 Ao contrário do que se possa supor, a própria estrutura matricial do federalismo, os Estados Unidos da América, não possui um processo histórico isento de instabilidade quanto ao regramento das tensões entre poder federal e estados-membros, principalmente pelo fato de sua constituição não tentar tratar exaustivamente das atribuições federativas. A intensidade do federalismo ficou à mercê da variação da composição da Suprema Corte, tendo, inclusive, mais influência, em razão do uso da técnica que desvendou as competências implícitas, que o Congresso, conforme assinala o autor: “[...] o que diferencia a evolução americana da supremacia federal em relação a outras estruturas federalistas [...] é a circunstância de que a sua posição de preponderância tem sido alcançada por meio da interpretação judicial da Constituição e apenas muito secundariamente por meio das emendas constitucionais”.

mesmo tempo, oportunizar a atuação comum, concorrente e residual entre as unidades federativas na realização do projeto político de Estado de matriz liberal, mas cercado pelas ideologias de uma social-democracia. Apesar disso, tempera esta autonomia com a previsão de um processo constitucional de intervenção sob o argumento de preservação das instituições e do pacto de indissolubilidade.

O Brasil adotou um formato em que leva em consideração a autonomia político-administrativa em três esferas (União, Estados e Municípios), possibilitando a unidade sem prejudicar as singularidades locais. Nesse contexto de autonomia, discute-se a proliferação dos municípios e a legitimidade das soluções legislativas com o intento de conter a fragmentação do Estado brasileiro, enfatizando a Emenda Constitucional n.º. 57/2008, que alterou o regime das normas transitórias para consolidar, na ótica dessa abordagem, situações inconstitucionais.

Dentre as disposições normativas pertinentes à organização político-administrativa do Estado brasileiro, pontua-se a regra de criação, incorporação, fusão e desmembramento dos municípios insculpida no art. 18, § 4^o³⁷⁰. O propósito do legislador constituinte foi consagrar o princípio federativo, conferindo autonomia, na forma de lei complementar estadual, para instituir novas unidades federativas, respeitando as peculiaridades histórico-culturais e o interesse da comunidade local.

Imbuído, portanto, do espírito de reordenação do território nacional por meio da difusão de novas unidades federativas e de maior fragmentação do sistema federativo ao conferir a competência legislativa aos Estados para dar vazão a essa demanda, o que se percebeu foi um expressivo aumento de municípios e com ele a preocupação do Congresso Nacional em buscar medidas capazes de conter os excessos e a conseqüente esfrelamento de um modelo federativo exaltado por, textualmente, conferir autonomia política e administrativa a seus entes. Eis que, em pouco menos de três anos de vigência da Constituição Cidadã, emergiu a PEC n.º. 41/1991, cujo objetivo foi reformar o § 4^o do art. 18, objetivando remediar um prognóstico equivocado.

370 [TEXTO ORIGINAL] Art. 18, § 4^o: A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por lei estadual, obedecidos os requisitos previstos em lei complementar estadual, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas. [TEXTO ALTERADO] Art. 18, § 4^o: A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, **dentro do período determinado por Lei Complementar Federal**, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, **após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.**

Aproveitando-se de critérios abertos e da autorização legislativa constitucional, os Estados, movidos por questões eleitoreiras, orquestraram um crescimento desordenado de novos municípios sem levar em consideração, em sua grande maioria, a viabilidade administrativa e a sustentabilidade financeira. É apropriado dizer, antes de adentrar no mérito da emenda, que a discricionariedade do legislador constituinte em autorizar a criação de municípios por lei estadual foi negligente e nociva à proposta de federalismo cooperativo da CF/88 ao permitir o crescimento de novas unidades autônomas sem a definição de parâmetros legais em nível nacional³⁷¹. Percebia-se que o processo constitucional de criação, fusão, incorporação e desmembramento de entes municipais estava comprometido desde a origem³⁷².

É sabido que a clássica doutrina da teoria constitucional adverte sobre a inexistência de normas constitucionais originárias inconstitucionais³⁷³, levando em consideração a coerência teórica em relação à repisada natureza da manifestação constituinte (a ausência de parâmetro) e o comprometimento da própria ideia de rigidez constitucional. Entretanto, a contradição foi tão desproporcional e afrontosa à organização político-administrativa do Estado que, em socorro à higidez das instituições políticas, foi necessária a edição de emenda constitucional tampão (EC n.º. 15/96) e a compreensão argumentativa da jurisdição constitucional (ADI n.º. 2.395-1/DF) para convalidar a referida providência³⁷⁴.

A expressão utilizada para se referir à EC n.º. 15/96 (“tampão”) é justificada não apenas pelo objetivo pontual de deslocar a competência legislativa para a União e criar outras exigências normativas a esse processo enquanto poder legislativo nacional e responsável pela sustentabilidade da federação, mas pela omissão legislativa de mais de 22 (vinte e dois)

371 A salutar correção normativa foi ressaltada, à época do julgamento da ADI n.º 2.395-1/DF, ao afirmar-se, majoritariamente, que seria incoerente a ausência da União no processo de criação de novos municípios, tendo em conta o federalismo fiscal e o conseqüente fatiamento desordenado das receitas tributárias, o aumento da máquina administrativa e o falso sentimento de gerenciar uma estrutura livre dos problemas ordinários de um município.

372 Conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), na década de promulgação da Constituição vigente, o Brasil possuía 3.974 municípios, ocorrendo um crescimento exponencial, entre este período (1980) e meados da segunda década do século XXI (2013), de 1.596 unidades federativas locais, representando, em menos de trinta anos, uma fragmentação do tecido federativo em torno de 42%. E esse número ainda merece corrigenda, considerando que o último registro oficial realizado pelo IBGE data de 2015, pois, segundo a comissão que estuda a viabilidade de regulamentação ao art. 18, §4º, sinaliza que, atualmente, existem 5.570 municípios.

373 BACHOFF, Otto Von. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 2014.

374 FERRARI, Sérgio. **Criação de municípios e debate científico: entre mitos e métodos.** Revista de informação legislativa: RIL, v. 53, n. 211, p. 55-80, jul./set. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p55>. Acesso em: 16 dez. 2018. “Bastava modificar os critérios de repartição do FPM – todos contidos em legislação infraconstitucional – para extinguir o principal incentivo às emancipações. Em vez disso, foi-se mexer no texto constitucional, criando um engessamento com conseqüências indesejadas, como se procurará explicitar a seguir. É o velho ‘movimento pendular’ que caracteriza muitas das ‘reformas’ legislativas e constitucionais no Brasil”.

anos, imposta à efetividade da norma constitucional. Muito embora não regulamentada, a norma possui um evidente efeito paralisante em relação às aspirações dos legisladores estaduais, visto que estabelece lei complementar geral da União.

Esse represamento³⁷⁵ não tardaria a surtir os seus reflexos pelos mecanismos processuais hábeis ao combate da síndrome da inefetividade das normas constitucionais quanto ao comportamento inerte do legislador. Nesse sentido, as comunidades prejudicadas ajuizaram mandado de injunção³⁷⁶, ações diretas de inconstitucionalidade por omissão (ADI n.º 3.682) e, em outras situações, a criação à revelia da CF/88, ensejando impugnação no STF³⁷⁷. Coloca-se, como decisão paradigmática, a ADI n.º 2.240-7/BA, onde o STF enfrentou a constitucionalidade da existência fática do município de Luiz Eduardo Magalhães.

Nessa ocasião, o Supremo optou por uma declaração de inconstitucionalidade mediada ou simplesmente a projeção dos efeitos, em regra, imediatos para um momento futuro como forma de garantir a preservação da segurança jurídica e a boa-fé da criação do município putativo, ressaltando a evolução da jurisprudência dos tribunais constitucionais (EUA, Alemanha e Espanha) em orientar-se pela mitigação dos efeitos da declaração de nulidade, quando a sua incidência representa, em verdade, o agravamento e não a solução para debelar uma situação inconstitucional.

Assim, tolerado por condição resolutiva, o município de Luiz Eduardo Magalhães foi declarado inconstitucional; entretanto, por força do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, a incidência do acórdão foi postergada para 24 (vinte e quatro) meses, oportunizando uma sobrevida ao respectivo município³⁷⁸.

Não bastasse todo o estorvo causado pelos remendos institucionais, o legislador reformador, com vias a consolidar a situação de tantos outros municípios putativos como o de Luiz Eduardo Magalhães, ao contrário da solução proposta no julgamento da ADI n.º 2.240-

375 Muito embora tenha sido providencial e necessário, não se pode negar que o meio utilizado foi equivocado, pois postergou o problema, agravado pela contumácia legislativa. Isso, inclusive, foi antevisto pelo ministro Marco Aurélio (voto vencido na ADI n.º 2.395-1/DF) e rememorado na ADI-O n.º 2.240-7/BA.

376 Pode ser citado como referencial o MI n.º 725, onde, na ocasião, o ministro-relator Gilmar Mendes, apesar da divergência, asseverou que não era possível vislumbrar violação de um direito fundamental por parte do município de Nova Brasilândia, apto a ensejar a impetração em razão de uma omissão inconstitucional.

377 ADIs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689.

378 Em sede de explicação, no voto da presente ADI-O, o ministro Sepúlveda Pertence assevera que a forma utilizada pelo STF para resolver a questão aproxima-se da técnica da “lei ainda constitucional”, o que consideramos equivocado, pois originariamente o TCFA preserva a presunção de constitucionalidade da norma questionada, sinalizando, em razão da evolução social, ao legislador, sob de tornar-se inconstitucional. No caso do objeto da ADI n.º 2.240-7/BA, a lei que criou o município de Luiz Eduardo Magalhães é afrontosamente contrária à CF/88, desprezando o obstáculo estabelecido pelo poder reformador com a EC n.º 15/96.

7/BA, editou a EC n° 57/2008, convertendo o estado de inconstitucionalidade declarada em entidades federativas constitucionais. Pior, referida emenda criou uma regra transitória nos ADCTs para anistiar os municípios numa clara constitucionalidade superveniente.

O texto do art. 96 dos ADCTs informa que: “Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação”. A partir das premissas básicas de rigidez constitucional e da natureza jurídica do referido ADCT (norma constitucional derivada), verifica-se a oportunidade de controle jurisdicional apto a questionar ou mesmo ilidir a sua presunção de validade, já que, num mero esforço de interpretação literal, as duas regras são inconciliáveis.

E, ainda que estivéssemos diante de uma exceção, a regra convalida situações inconstitucionais, pois deliberadamente anistia a usurpação de uma competência legislativa expressamente prevista no texto constitucional e instituída pelo poder reformador de 1988. Ou seja, não se trata de uma exceção à regra do art. 18, § 4°, mas de uma exceção à própria Constituição.

Ressalta-se que a prerrogativa do poder constituinte originário em definir no ADCT claras exceções ao texto permanente, enquanto técnica de transição entre ordenamentos, não se estende ao poder constituinte derivado, configurando-se em ordinário conflito normativo entre normas constitucionais. E, nesse sentido, pode-se mencionar o exemplo do artigo transitório n° 40 da constituição colombiana que prevê, com fundamento no poder constituinte originário, a convalidação de municípios criados pelas assembleias departamentais antes de 31 de dezembro de 1990. Sem entrar no mérito dos motivos ou da necessidade, percebe-se que a excepcionalidade cabe, com exclusividade, ao próprio criador da Constituição, prerrogativa que, ordinariamente, não se estende ao poder reformador.

Conforme debate congressual, os motivos para a aprovação da EC n°. 57/2008 gravitaram em torno da invocação aos princípios gerais de segurança jurídica, boa-fé e confiança, tendo em conta as tramitações já existentes ao tempo da EC n°. 15/96. Entende-se que, se já existia tramitação de criação ao tempo da edição da EC n° 15/96, esta deveria prever regra transitória para garantir a continuidade do devido processo ou postergando o prazo de sua incidência, não cabendo à EC n° 57/2008, anos depois, convalidar a criação dos municípios putativos, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro 2006³⁷⁹.

379 Entende-se, nesse contexto e apesar das críticas, salomônico o posicionamento do STF ao não adentrar

Recorre-se, em verdade, à aplicação do princípio da imediata incidência das regras jurídicas constitucionais para garantir a aplicação da regulação anterior quanto aos processos de criação em curso, pois o silêncio do legislador é revelador em relação ao alcance da emenda nº. 15/96. A aplicação imediata castra as pretensões de retroatividade ou de qualquer dúvida no que tange ao momento de incidência, que, em regra, confunde-se com o momento da publicação da norma, não sendo possível invocar boa-fé ou desconhecimento.

É contraditório invocar princípios democráticos vinculados ao direito de escolha de uma determinada população pela emancipação e eleição dos seus representantes ao custo de se violar outros comandos normativos da própria Constituição, principalmente, quando se observava, a olho nu, o movimento emancipatório de 57 (cinquenta e sete) novas unidades federativas. Isso poderia dar azo a violações ainda mais graves ao pacto federativo, como, por exemplo, uma possível convalidação pelo exercício ilegítimo de um suposto direito de secessão, pois, se o que está escrito não vale, então vale tudo, menos cumprir a Constituição de 1988. Por meio da emenda aos ADCTs constata-se que o mais legítimo guardião do texto constitucional (o legislador) foi cúmplice de um arranjo que atenta contra a higidez do sistema jurídico³⁸⁰.

O vazio teórico-prático na determinação da finalidade e da natureza dos ADCTs não deixa de ser um ambiente permissivo à manifestação abusiva do poder constituinte derivado, pois que alega agir dentro de uma discricionariedade e motivado pelo dever de garantir a integridade e a normalidade das relações sociais, ainda que visivelmente tenha tolerado a consolidação de situações inconstitucionais.

estratégica e legitimamente em um problema criado pelo próprio Congresso Nacional, utilizando a técnica da modulação de efeitos (*pro futuro*) na ADI nº 2.240 e ADI nº 3.682, dando sobrevida às leis estaduais que criaram os municípios até ulterior escuta do legislador ao apelo do Tribunal.

380 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re390840.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2018. No Recurso Extraordinário nº. 390.840/MG, o ministro Marco Aurélio, ao discutir a tese da convalidação em outro contexto normativo, assevera a sua impossibilidade: “Descabe, também, partir para o que seria a repristinação, a constitucionalização de diploma que, ao nascer, mostrou-se em conflito com a Constituição Federal. Admita-se a inconstitucionalidade progressiva. No entanto, a constitucionalidade posterior contraria a ordem natural das coisas. A hierarquia das fontes legais, a rigidez da Carta, a revelá-la documento supremo, conduz à necessidade de as leis hierarquicamente inferiores observarem-na, sob pena de transmudá-la, com nefasta inversão de valores. Ou bem a lei surge no cenário jurídico em harmonia com a Constituição Federal, ou com ela conflita, e aí afigura-se irrita, não sendo possível o aproveitamento, considerado texto constitucional posterior e que, portanto, à época não existia. Está consagrado que o vício da constitucionalidade há de ser assinalado em face dos parâmetros maiores, dos parâmetros da Lei Fundamental existentes no momento em que aperfeiçoado o ato normativo. A constitucionalidade de certo diploma legal deve se fazer presente de acordo com a ordem jurídica em vigor, da jurisprudência, não cabendo reverter a ordem natural das coisas”.

Nesse sentido, é coerente o parecer³⁸¹ do deputado-relator Mauro Benevides³⁸², na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ), ao questionar a validade e a legitimidade do poder reformador em acrescentar ou alterar dispositivos dos ADCTs, principalmente, se essa atitude não possui nenhuma relação direta com os propósitos regulatórios insertos nas disposições constitucionais transitórias. Assevera, por fim, que: “[...] O caráter de transitoriedade das previsões do ADCT encontra razão de sua existência jurídica apenas nas perspectivas e na vontade coletiva da Assembleia eleita para refazer o texto constitucional”.

Não se poderia falar em “situação de transição” como argumento para se alterar o ADCT, porque a alteração instituída pela EC nº 15/96 tinha o propósito evidente de obstaculizar novos processos emancipatórios. O art. 96 do ADCT é, portanto, uma autorização transitória para se consolidar, simbolicamente, um desrespeito ao texto permanente, dando ares de constitucionalidade a algo que, juridicamente, nunca existiu. Ora, se a regra do art. 18, § 4º não foi obstáculo normativo suficiente para vetar a moção de emancipação, por qual motivo seria necessária a posterior “bênção” do poder reformador para reconhecê-la como legítima?

Há, de fato, uma manifestação simbólico-normativa em se buscar, na modificação do texto constitucional transitório, uma justificativa de mesma estatura para legitimar o descumprimento das regras permanentes atinentes ao pacto federativo. Os atos das disposições constitucionais transitórias são utilizados, nesse cenário, ato confirmatório à violação por omissão parcial.

Não se pode negar a realidade da práxis constitucional dos poderes e as intenções dos grupos de pressão (políticos, sociais, econômicos etc.) por detrás do discurso simbólico de obediência à constituição, até porque isso não é privilégio exclusivo do constitucionalismo brasileiro, mas o que não se pode tolerar são os comportamentos ofensivos reiterados à força normativa, sob a constante justificativa do casuísmo ou de sacrifícios excepcionais que invocam cláusulas gerais (segurança jurídica, boa-fé, supremacia do interesse público sobre o

381 BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=661399505>. Acesso em: 16 dez. 2018.

382 Por coincidência, este mesmo parlamentar conduziu, na condição de 1º vice-presidente, os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. O parlamentar reforça em seu parecer: “Preliminarmente, devo deixar anotado que entendo não ser possível ao legislador constituinte derivado incluir ou modificar artigos no ADCT, já que o conteúdo desta ‘parte especial’ da Constituição da República destina-se a regular ou criar atos e fatos jurídicos de acordo com a Assembleia Nacional Constituinte e na época da promulgação da Carta de 1988”.

privado etc.).

Aliás, não se defende uma postura exclusivamente normativista sob a perspectiva de resolução de problemas constitucionais pelo mero esforço do critério de validade, pois, no âmbito da teoria da constituição, o direito e a política se unem para formar uma estrutura normativa complexa e que é, por isso, um desafio de concretização por todos e não, particularmente, da jurisdição constitucional.

Diante da imprevisão ou imprecisão técnica da expressão constituinte, não se pode afirmar que a realidade não possa dobrar a normatividade, pois os pontos de tensão entre constitucionalismo e democracia são, faticamente, em intensidade e interesses, muitas vezes contrapostos, abrindo caminho para novas soluções aos problemas constitucionais sem necessariamente ser precedida por uma severa e ampla ruptura. Não se verifica, no episódio em tela, ser o caso de uma manifestação constituinte criadora, mas uma situação de indolência estatal em inibir, em tempo hábil, o desrespeito sistemático à Constituição.

A reforma constitucional, conforme visto em capítulo anterior, apresenta-se como mecanismo de aperfeiçoamento e não de acordos políticos diversos dos seus objetivos, que, em verdade, se confundem com os da coletividade. Obstar a sua capacidade vinculativa é o mesmo que negar o pressuposto fundamental de sua existência no Estado de direito contemporâneo: a força normativa.

5.5.3 Caso 03: EC n° 88/2015 da ampliação da aposentadoria compulsória aos membros dos tribunais superiores: conveniência e exceções constitucionais descabidas

O Supremo brasileiro, instância máxima da estrutura Judiciária, investiu-se, nos que se seguiram ao regime democrático vigente, de um significativo protagonismo que o alçou a uma percepção de poder que modera os demais, definindo os rumos da política e podendo, sob uma perspectiva pragmática, ser um formidável aliado ou inimigo da representação democrática. Essa dimensão expansiva do STF, que o concebe como um poder onisciente e onipresente nas principais decisões da democracia, revela, também, vícios e fragilidades que colocam em dúvida a legitimidade de suas decisões.

Essa constatação, entretanto, não representa uma manifestação peculiar do constitucionalismo de 1988, sendo comum, em diversos fatos da história (nacional ou estrangeira), vincular a solidez de um governo ao apoio recebido pela magistratura, em especial, pela Suprema Corte. A composição, portanto, é um elemento importante para a

governabilidade e, no Brasil, a indicação, por costume e previsão constitucionais, pertence ao Presidente da República, que encaminha, com base em requisitos genéricos, à sabatina do Senado Federal. Já a rotatividade segue a lógica da renúncia, *impeachment*, morte ou do alcance da idade máxima no serviço público.

À época (2015), levando em conta a composição do Supremo e a projeção de aposentadoria com a regra dos 70 anos, o advento da emenda constitucional obstaría que o governo do Partido dos Trabalhadores (PT), nos termos da Constituição, pudesse formar uma composição em que 10 dos 11 ministros seriam provenientes de sua indicação.

É necessário ressaltar que não houve por parte do governo do PT, ao contrário do que acontece em regimes de exceção, nenhuma manobra legislativa para que tal fato pudesse incidir. A PEC, até então aprovada no Senado e esquecida na Câmara dos Deputados, foi imediatamente impulsionada à votação e aprovada, vetando, indiretamente, a competência para a realização das indicações. O dispositivo, em particular, que altera o ADCT, viola, a um só tempo, a isonomia e o princípio republicano.

A medida legislativa enquadra-se, nos mesmos termos das anteriores, na criação de exceções ao texto constitucional permanente, avocando ao Congresso Nacional uma competência legislativa transitória, ao anuir a extensão da permanência de ministros do STF, tribunais superiores (STJ, TST, TSE, STM) e equiparado (TCU) até a idade limite de 75 anos, enquanto não for editada lei complementar.

A pejorativamente denominada PEC (nº 457/2005) da Bengala resume em dois dispositivos o que representa e a quem serve a Constituição deste país, numa clara atitude de inversão dos valores normatizados e daquilo que se espera desta na posição de centralidade e vinculação do ordenamento jurídico, sendo atual a crítica de Marcelo Neves³⁸³ acerca da relação entre a postura do poder político e a Constituição de 1824: “[...] a subordinação imediata do sistema jurídico ao código de poder”.

Essa seletividade criou uma norma constitucional (monstro) de duas cabeças ao atribuir, à nova regra de aposentadoria compulsória aos servidores públicos, graus de eficácia distintos a determinadas categorias de servidores, permitindo aplicação imediata aos membros de tribunais superiores e diferida aos demais.

O parecer da CCJC da Câmara dos Deputados, quando de sua apreciação, não entrou

383 NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 155.

no mérito acerca dos motivos de estender, por força de novo dispositivo no ADCT (art. 95), a aplicação do art. 40, §1º, inciso II, aos membros de tribunais superiores, sendo lacônico ao tratar dos critérios objetivos para a aprovação da proposta de emenda e, de forma genérica, asseverar sobre o aumento da expectativa de vida da sociedade brasileira, onerando a previdência.

Na verdade, não há prognóstico que motiva a alteração constitucional, o que, por si só, deveria ensejar o controle de constitucionalidade (político ou jurisdicional), já que não se deve mudar o sistema normativo por conveniência ou desejo, mas por um imperativo democrático em que a decisão necessitaria passar pelo debate público. Muito embora disponha do dever constitucional de reforma, é pernicioso admitir uma alteração por conveniência, obstando a oportunidade de nomeação de ministros pelo governo Dilma (e Temer, por ricochete). E conforme se pode deduzir pelas discussões à que motivaram o seu advento, a emenda não foi capaz de impedir reveses ainda piores em face dos seus arquitetos.

O advento da referida emenda veio seguida da edição da Lei Complementar nº. 152/2015, dando vazão normativa ao comando constitucional para alcançar todos os integrantes efetivos da Administração Pública. Há, entretanto, questionamentos evidentes no que tange à supressão transitória de iniciativa legislativa: a) a primeira, sem importância direta para esta tese, em relação à violação de iniciativa privativa do Presidente da República para tratar desta matéria (art. 61, §1º, inciso II), já que o processo legislativo da referida lei complementar foi instaurado por parlamentar; b) a supressão transitória, por meio da regra do ADCT, de iniciativa privativa do Presidente do STF para tratar de matéria relacionada aos membros do Poder Judiciário (lei complementar geral da União, no caso).

Conforme se pode perceber, mais uma vez, o poder reformador utilizou-se do ADCT para excepcionar uma regra permanente do texto constitucional, objetivando um resultado de menor importância e que nada tem a ver com a proteção aos direitos fundamentais ou preservação de princípios democráticos, o que não justificaria, sob o aspecto da legitimidade, tal comportamento.

Casuisticamente, altera-se a Constituição, objetivando resguardar interesses não republicanos, pois uma modificação desta magnitude, de ampliação da permanência de membros dos tribunais superiores, deveria trazer a reboque a discussão sobre a limitação de tempo destes em seus respectivos cargos e, principalmente, a contenção individual em respeito ao colegiado do Tribunal. Observe-se alguns casos no constitucionalismo sul-americano em que se estabelece mandato: Bolívia (06 anos – art. 183, item I); Colômbia (08 anos – art. 239);

Chile (08 anos – art. 81); Uruguai (10 anos – art. 237); Equador (09 anos – art. 432).

Não há argumento de legitimidade ou fundamentação democrática capaz de admitir a possibilidade de um magistrado do STF permanecer por 40 anos exercendo a judicatura na mais alta corte do país³⁸⁴. Na verdade, utiliza-se retoricamente a justificativa, geralmente, rechaçada pelos seus próprios membros, ao afirmar que não se trata de instância democrática representativa e que, portanto, não se compatibilizaria com a estipulação de mandato.

5.5.4 Caso 04: EC n° 80/2014 da Defensoria Pública: do apelo do legislador a si próprio ao prognóstico de uma modificação constitucional fracassada

O direito fundamental de acesso à justiça é, sem dúvidas, uma das prerrogativas mais invocadas num Estado Democrático de Direito, principalmente, quando se vivencia um contexto de ausência da autoridade estatal nas mais diversas relações sociais (economia, segurança pública, direitos sociais e outras liberdades públicas) e pressupostamente no cumprimento da Constituição.

A amplitude do seu conceito é revigorada a cada novo obstáculo enfrentado pelas sociedades na busca pela efetivação de direitos, que pode ir desde uma mera questão individual a uma tutela de ordem coletiva ou modernamente pelo uso das técnicas de solução consensual de conflitos e a difusão do direito à informação como instrumento de empoderamento e acesso a direitos.

A abordagem referencial teórica sobre o assunto é proveniente da obra de Mauro Cappelletti e Bryan Garth³⁸⁵, onde, a partir de análise da evolução legislativa e pela identificação das demandas de realização de direitos e interesses, desenvolveram as denominadas ondas renovatórias, que seriam fases aglutinativas de conquistas de direitos ou, simplesmente, para usar a expressão de Bonavides a respeito do panorama histórico-evolutivo dos direitos fundamentais, dimensões dos direitos de acesso.

A descrição das ondas renovatórias de acesso, como qualquer teoria, é historicamente situada e, portanto, falível sob a pretensão de tomá-la como proposta de narrativa para outros contextos históricos, especialmente, quando a distância não é apenas continental, mas cultural, política e social. Os mencionados autores dividiram essas ondas em três momentos: a) a

384 A Constituição do Paraguai, em seu art. 261, estabelece os mesmos limites mínimo de ingresso e máximo de permanência na Suprema Corte paraguaia.

385 GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

garantia da assistência judiciária pela isenção de custos, emolumentos e representação gratuita por procurador jurídico; b) o desenvolvimento das técnicas de ampliação da proteção aos direitos coletivos *lato sensu* ou direitos metaindividuais; c) a canalização de esforços para a resolução extrajudicial de conflitos.

Apesar de se verificarem marcos normativos correspondentes a esses estágios de acesso à justiça como, por exemplo, a edição da Lei nº 1.060/50 (assistência judiciária aos necessitados), Lei nº. 4.717/65 (ação popular), Lei nº. 7.347/85 (ação civil pública) é com o advento da Constituição Federal de 1988 que se experimenta não apenas o debate democrático sobre esse direito fundamental, mas aquilo que Rodolfo Camargo Mancuso³⁸⁶ denomina de “explosão de litigiosidade”, resultado do longo processo de restrição de direitos durante o período ditatorial, sendo consequência de uma demanda reprimida, mas também do vasto catálogo de direitos fundamentais estampados no texto constitucional.

É no contexto de redemocratização que, faticamente, reúnem-se o marmoto do processo de realização do acesso à justiça, cumulando, num só contexto, a gratuidade da justiça, a tutela dos direitos metaindividuais e o aperfeiçoamento dos mecanismos efetivos de prevenção e da prestação.

E por mais que a CF/88 subverta, de forma legítima, os estatutos legais e as instituições, esta não possui o poder de transformação automática da cultura de concepção do direito, da postura democrática e da aplicação das normas. Por mais que se ressalte o comportamento combativo, por exemplo, do Judiciário brasileiro em relação ao golpe militar de 1964, o ranço de velhas práticas, infelizmente, não passa pelo filtro da recepção, cabendo à ambiência democrática propiciar a evolução necessária para a delimitação das atribuições dos órgãos no estado constitucional.

Na correta concepção de Sousa Santos³⁸⁷, a efetividade dos mecanismos de acesso à justiça passa por uma ampla reformulação da estrutura de poder, da legislação, mas, principalmente, da mudança de mentalidade dos aplicadores do direito e da fragmentação do clássico conceito de monopólio da jurisdição, empoderando novos agentes de pacificação dos conflitos. Esse entendimento amplia o horizonte conceitual do referido direito fundamental à medida que não se contenta com a verticalização dos meios de solução ao Judiciário, imbuindo

386 MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

387 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na transição pós-moderna. São Paulo: Cortez, 1997.

de responsabilidade os demais órgãos de acesso e a própria sociedade.

O art. 5º, inciso XXXV, portanto, potencializou a discussão do papel do Estado brasileiro sobre os rumos do acesso à justiça, incluindo uma ampla política pública, reformas constitucionais e da legislação, refletindo, direta e indiretamente, nos canais de prestação destes serviços à sociedade, podendo-se mencionar: a criação do CNJ (EC nº 45/2004), o aperfeiçoamento das técnicas procedimentais de resolução individual e coletiva dos litígios (reformas dos códigos processuais), a promoção dos meios consensuais de solução de conflitos nos procedimentos judiciais e extrajudiciais, a disseminação dos Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) e a deferência constitucional à autonomia da Defensoria Pública.

Nesse processo de reformulação legislativa de fortalecimento dos canais de acesso à justiça, tem-se a Defensoria Pública (art. 134) que, em razão de suas funções constitucionais, avocou para si uma luta pela concretização desse direito fundamental e que, em verdade, confunde-se com a sua própria afirmação institucional perante as demais funções vinculadas à justiça e à sociedade. Essa instituição reúne, a um só tempo, as características essenciais definidas por Cappelletti e Garth³⁸⁸ para a composição de um sistema de justiça sólido e que busca sobrepor a isonomia material em face de uma vontade simbólica consubstanciada na legislação, colocando o Estado na condição de agente indutor de ações garantidoras de acessibilidade e justiça.

A EC nº. 80/2014 representou um marco importante nesse processo de consagração de sua autonomia institucional, sobretudo no que diz respeito ao autogoverno, à previsão constitucional dos seus princípios institucionais, à confirmação do seu papel de defender os direitos humanos e prestar orientação jurídica à sociedade, bem como à ampliação da defesa aos necessitados, judicial e extrajudicialmente, na esfera individual e coletiva. Além da alteração inserta no art. 134, a referida emenda criou o art. 98 nos ADCTs, estabelecendo um comando, nessa ótica, digno de questionamento sob viés argumentativo desenvolvido até o presente momento.

O “caput” do dispositivo possui a seguinte redação: “Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da

388 GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8. “A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.

Defensoria Pública e à respectiva população”. Apresenta-se, à primeira vista, como uma norma de caráter programático ou norma-tarefa³⁸⁹ ao genericamente definir o respeito à proporcionalidade na distribuição dos membros da carreira com vistas a garantir a plenitude do acesso, principalmente, naquelas regiões com maiores índices de exclusão e adensamento populacional.

O legislador reformador foi ainda mais audacioso ao prever, no prazo de 08 (oito) anos (§ 1º, art. 98 dos ADCTs), o cumprimento de uma obrigação constitucional firmada quando da promulgação da CF/88, instituindo o compromisso de lotar defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais da federação brasileira.

Afirmar se tratar de norma programática não significa tê-la enquanto objeto desprovido de qualquer eficácia, até porque, por mais distante que seja o alvo a ser perseguido, toda norma constitucional (não exaurida) dispõe de eficácia direta e poder vinculante, ainda que lhe falte a regulamentação (por ato normativo primário ou secundário) ou as providências executivas pertinentes a explorar toda a potencialidade dessa categoria normativa.

Há muito, na teoria constitucional, abandonou-se a ideia de que a eficácia das normas constitucionais se sustentaria apenas na atuação legislativa, sugerindo a aplicabilidade indireta destas. As normas-programas, portanto, possuem “valor jurídico constitucionalmente idêntico a dos restantes preceitos da Constituição”³⁹⁰, não sendo dado confundir norma constitucional com a mera exortação moral do constituinte³⁹¹, pois a necessidade de intermediação (normativa ou por política pública) não afeta a sua condição.

É possível, enquanto explicitação de cláusulas pétreas e dependente de atos comissivos

389 Tem-se classicamente a dicotomia a respeito do grau de efetividade das normas constitucionais entre autoaplicáveis e não autoaplicáveis, sendo festejada pela doutrina pátria a releitura, não tão distante, de José Afonso da Silva acerca dos níveis de aplicabilidade dessas normas. Ao utilizar tal expressão não há referência, exatamente, aos termos da tese do mencionado autor ao distinguir graus de aplicabilidade, mas à ideia de uma cláusula compromissória de difícil efetivação imediata ou em médio prazo.

390 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1176. Ao afirmar estar superada a mera programaticidade das normas constitucionais, Canotilho aponta alguns efeitos iminentes destas, colocando-as, em termos de eficácia, no mesmo grau de alcance, dentre os quais: a vinculação do legislador à sua realização; a vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores; e os limites materiais negativos, atrelando-se ao poder derogatório da jurisdição constitucional em face de legislação afrontosa e tendenciosa ao retrocesso social.

391 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 238. Vale, nesse sentido, a conclusão de Virgílio Afonso da Silva ao se contrapor à clássica tese de aplicabilidade das normas constitucionais de José Afonso da Silva, quando afirma que: “se toda norma garantidora de direitos fundamentais necessita, para produzir todos os efeitos a que se propõe, de algum tipo de regulamentação, a distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada perde todo o sentido. Todas as normas, a partir dessa premissa, têm alguma limitação em sua eficácia”. Até mesmo uma liberdade aparentemente negativa como o direito à privacidade depende da ação positiva (proteção de dados, por exemplo) para o seu exercício e proteção.

sucessivos à sua concretização, dizer, respectivamente, que o art. 98 pode ser invocado como dispositivo inibidor de um retrocesso legislativo e apto a ensejar o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão parcial ou total, bem como, recobrando a discussão do capítulo inicial, a eficácia imanente da Constituição ao repelir, por meio da interpretação judicial, o direito pré-constitucional.

Ainda explorando os caminhos constitucionais de tutela da sua força normativa, aponta-se, subsidiariamente, nos termos de manifestação recente do Supremo pela superação do denominado estado de coisas inconstitucional (ADPF n.º 347 MC/DF), a ação de descumprimento de preceito fundamental³⁹². Investindo-se, assim, o Poder Judiciário, em instância dialógica dos problemas constitucionais que tocam, direta ou indiretamente, às suas funções típicas, proposta que, inclusive, foi defendida por ocasião de trabalho de dissertação em 2010, mas que, após maior meditação, abandonou-se em razão do risco democrático que representa centralizar as questões sensíveis da sociedade a um espaço não democrático, depositando na fragilidade da fundamentação das decisões judiciais (do STF, inclusive³⁹³) todas as esperanças de superação da inefetividade da Constituição e da instabilidade democrática. Ao contrário do que se possa supor, não se defende uma proposta de solução unilateral da instância representativa da democracia, mas de respostas oriundas da inter-relação entre os poderes para a realização das liberdades fundamentais.

E ainda que não possa ser compreendida como geral e indeterminada, ao menos em um definido sentir, a plenitude normativa do art. 98 é indissociável, assim como a maioria dos direitos fundamentais, de um conjunto de ações concretas, tais como: uma lei geral, tendo em conta a forma de organização federalista, para definição de proporcionalidade para as defensorias estaduais e da União; a previsão orçamentária da União e Estados; a formulação de política pública integrada (governo e sociedade), que envolva a readequação dos recursos humanos e de estrutura de funcionamento hábeis a atender às necessidades imediatas das populações.

Não se questiona a importância da Defensoria Pública, enquanto instituição

392 Muito embora a ADPF tenha sido utilizada como mecanismo de provocação da tutela jurisdicional com o objetivo de se debelar uma evidente omissão do Estado em face do seu dever de garantir a normalidade do sistema carcerário e a dignidade dos indivíduos custodiados por este, entende-se que a técnica do ECI implica num risco de se judicializar todos os problemas referentes à efetividade das normas constitucionais. Não seria incompreensível, embora se discorde, a declaração do estado de coisas inconstitucional em relação a uma série de questões a respeito do acesso à justiça: a situação da defensoria pública, do ministério público e do próprio poder judiciário.

393 MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

democrática e permanente, que pugna pelos interesses da coletividade, enquadrando-se, não apenas, no dever constitucional de garantir acesso à justiça, mas da realização dos princípios e objetivos fundamentais da república ao promover a dignidade humana e combater as desigualdades sociais.

Objeta-se, entretanto, à manifestação do poder reformador em relação aos ADCTs. Ao contrário dos outros dois casos mencionados nos tópicos anteriores, não houve a criação indevida de uma exceção à regra do texto constitucional, mas, conforme mencionado, a explicitação de um dever estabelecido quando do advento da Constituição, ao determinar cumulativamente a exigência de defensores em todas as comarcas e a observância de proporcionalidade entre defensor e número de habitantes. E se, imbuído da concretização do art. 98, o Estado brasileiro terá que considerar, do mesmo modo, a defasagem das unidades jurisdicionais.

Aparentemente, a reforma não despertou um grande debate doutrinário, tendo em conta a legitimidade do pleito, mas a emenda releva o problema sintomático do legislador brasileiro em ratificar, por meio de alteração constitucional, a omissão do Estado, como se a emenda constitucional tivesse o poder sobrenatural de sanar, em 08 (oito) anos, o déficit que não conseguiu resolver durante os 26 (vinte e seis) anos de vigência da Constituição, levando-se em conta o ano de edição da EC n.º. 80 (2014). Não se trata de um prognóstico sem fundamento, pois, segundo pesquisa da Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep), a defensoria pública só está presente em 40% das comarcas, possuindo, em pouco mais de três anos de vigência da emenda, uma defasagem em mais de 6.000 mil defensores.

Na verdade, o legislador apela a si mesmo e ao executivo, de tal forma a reclamar de sua própria inércia em relação à materialização do direito fundamental de acesso à justiça por meio da defensoria pública, a buscar uma medida que não encontra solução na reforma da Constituição, pois a concretização da política constitucional se sobrepõe à mera normatização de uma constatação óbvia.

Em vez de se recorrer a meios legais e infralegais para a orientação de uma política pública de acesso à justiça, o poder reformador contribui para o esvaziamento da força normativa da constituição ao recorrer ao voluntarismo legislativo, pois confunde “vontade de constituição” com a simples prerrogativa de emendá-la. E mesmo sabendo que a efetividade constitucional não se extrai por meio da reforma ou de uma nova Constituição, o Congresso replica, através desses artifícios, o efeito hipnótico de um discurso que arrefece os ânimos e causa contentamento, apesar de prognósticos aterradores.

A EC nº. 80/2014, no que toca à alteração do ADCT, encaixa-se perfeitamente no estudo analítico de Marcelo Neves³⁹⁴ sobre o comportamento do legislador reformador em face do enfrentamento das questões mais agudas do estado de direito. O autor menciona a estratégia fugaz do legislador em transferir a resolução de problemas à alteração da Constituição, adiando esta por tempo indeterminado.

Nesse contexto, observa-se a presença sintomática da manifestação da constitucionalização simbólica pela subsunção ao modelo tricotômico de Kindermann, mencionado por Neves: a) a *confirmação de valores sociais* à medida que concretiza o direito legítimo da instituição e da sociedade, colocando em segundo plano o grau de complexidade da efetividade do pleito; b) a demonstração da capacidade de ação do Estado pela *inserção de texto constitucional-álibi*, quando, em verdade, o objetivo não dependeria da presente alteração normativa, mas proclama, simbolicamente, o sentimento de “vitória” e a aparente preocupação dos representantes; c) a emenda como fórmula de *compromisso dilatório* e, nesse caso, a categórica inabilidade e a intenção do poder reformador em prorrogar deveres constitucionais, transformando a juridicidade da norma constitucional em mera promessa de garantia ao acesso à justiça.

A Constituição, enquanto norma, irradia a sua força vinculativa, exigindo a observância das diretrizes nela estabelecidas. Essa emenda não normatizou apenas o fracasso momentâneo do Estado brasileiro em garantir tal direito fundamental, mas reiterará, certamente, a incapacidade de gerenciar a falta de defensores públicos no lapso temporal de oito anos ao editar uma norma que mais aparenta ser uma promessa, o que reforça, desde a promulgação da CF/88, o esvaziamento da sua normatividade.

Diante da realidade que se impõe, não é necessário ser pessimista para concluir que essa meta não será alcançada. Do mesmo modo, é temerário afirmar que a inclusão do referido dispositivo (art. 98) teve como mero propósito “constitucionalizar a questão”, reforçando a obrigação moral dos poderes em respeitar a Constituição, pelo simples fato de que existe uma nova disposição que se confronta radicalmente com a realidade dos fatos.

Esse discurso, ainda que repleto de boas intenções, amplia o risco de exaurimento normativo ao passo que incorpora uma matéria alheia ao conteúdo essencial da Constituição e, ao mesmo tempo, esvazia o direito fundamental de acesso e a própria norma que deseja, a prazo certo, cumprir o que não se conseguiu durante mais de 20 (vinte) anos de vigência da

394 NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 41.

CF/88. O abismo entre realidade e normatividade coloca em xeque a relação entre os anseios sociais e a capacidade transformadora da Constituição.

Acreditar que a Constituição, por si mesma, seja capaz de imprimir instrumentalidade aos seus comandos, remetindo uma dívida social anterior a ela própria ao instituir uma determinação temporal de realização em 08 (oito) anos, é, no mínimo, questionável. Esse despreendimento da realidade reforça a crítica em relação ao constitucionalismo dirigente, condenando a doutrina constitucional brasileira a um eterno círculo vicioso de fé inquebrantável na capacidade de mudança da realidade pelo direito³⁹⁵.

Belo, Bercovici e Lima afirmam que o excesso de confiança, encabeçada pelo que denominaram de “doutrina brasileira da efetividade”, na normatividade como solução dos problemas constitucionais acabou por afastar a política da centralidade das questões mais sensíveis do Estado, depositando na jurisdição constitucional o dever de combater situações de desordem e inefetividade. Os autores citados mencionam duas premissas fundamentais desta tendência doutrinária: a inefetividade das normas constitucionais e a consequente atuação da jurisdição como válvula de escape, tendo em conta a morosidade dos poderes representativos³⁹⁶.

Há, nessa ótica, duas possíveis saídas díspares para a resolução do déficit de defensores públicos: a realização de uma ação integrativa entre os entes federativos para a definição de uma política progressiva de assistência judiciária, considerando os fatores sociais, políticos e econômicos; e, a outra, a intervenção judicial, por meio de controle concentrado, hábil a declarar a omissão inconstitucional ou um estado de coisas inconstitucional.

A primeira solução é complexa, mas a forma mais acertada e legítima. Esta última seria a mais simples, sob o aspecto de aparentar rápida resolutividade, mas ineficaz, pois, ao ignorar a política, amplia o descrédito da Constituição e da própria jurisdição constitucional, que se agarra a um instrumentalismo ingênuo ao imaginar que a Constituição, por si só, seja capaz

395 BELO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. **O fim das ilusões constitucionais de 1988?** Revista Direito e Práxis, *Ahead of print*, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/37470/26483>>. Acesso em: 27 dez. 2018, p. 5. “A grande ilusão que a teoria da constituição dirigente trouxe ao constitucionalismo pós 1988 foi a do instrumentalismo constitucional. A teoria da constituição dirigente é uma teoria da constituição autocentrada em si mesma, uma teoria ‘auto suficiente’ da constituição. Ou seja, criou-se uma teoria da constituição tão poderosa, que a constituição, por si só, resolve todos os problemas”.

396 BELO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. **O fim das ilusões constitucionais de 1988?** Revista Direito e Práxis, *Ahead of print*, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/37470/26483>>. Acesso em: 27 dez. 2018.

de vincular tarefas estruturais de um Estado em crise perene. É nesse ponto que Canotilho reforça os perigos sobre a forma como concebe a teoria da constituição dirigente: “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias”³⁹⁷.

A EC n° 80 representou a criação de um novo problema de inefetividade para se resolver outro antigo, representando um equívoco sob o aspecto de política constitucional para a implementação do acesso à justiça, tendo em conta a forte tendência de fechamento de sedes das defensorias públicas em diversas comarcas.

397 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação ao Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. XXIX.

6 CONCLUSÃO

O entendimento sobre a natureza jurídica do ADCT e a sua relação com o poder reformador integram a proposta do trabalho, que entrelaçou temas acerca do exercício do constituinte derivado: o direito intertemporal constitucional, as normas constitucionais com ênfase na apreciação das normas transitórias, a concepção de poder constituinte e de como as suas dimensões (originária e derivada) se projetam no tempo e num contexto democrático para a concretização da Constituição e, convergindo ao enfrentamento central da tese, a imoderação legislativa no trato da garantia da estabilidade constitucional pela mudança e a consequência do desvirtuamento do ADCT e da violação à ordem constitucional.

O direito intertemporal é repleto de questões relevantes ao direito constitucional e de onde emergem, ainda que subliminarmente, pontos de tensão sobre a efetividade e a aplicação da Constituição. Esta é estabelecida enquanto um conjunto sistêmico de elementos centrais do Estado, do Poder e dos direitos fundamentais que tem pretensões de permanência. Essa ideia de duração, assim como toda dicotomia, só pode ser melhor compreendida a partir do seu paradigma antagônico, que é a temporariedade.

Com esse espírito é permitido dimensionar a relação entre tempo e Constituição, seja numa perspectiva ampla, onde é dado conhecer as experiências mutacionais que importam na transição entre ordenamentos, de como o direito sofre os influxos do tempo e de como esta relação é permeada pela inconstância, mas também pela continuidade, onde passado e presente, sob o ponto de vista do direito positivo, se fundem, constantemente, a partir de novos referenciais de legitimidade e validade. Essa fusão não é a constatação de um fatalismo, mas de que nada se cria ou se reconstrói sem o passado.

Percebeu-se, sob uma visão restrita, que a Constituição de 1988 é ladeada de aspectos e institutos de ordem temporal, tanto em relação aos efeitos inerentes de suas normas (direito) no tempo e conflitos normativos que manifestam no lapso de sua vigência, como o próprio regime de normas especialmente estabelecido para lidar com os aspectos intertemporais advindos da superação da ordem constitucional anterior.

A classificação temporal das normas constitucionais demonstrou a fluidez do sistema

constitucional, ou seja, a sua capacidade de transformação do texto e do sentido normativo. Em maior ou menor medida, essas normas não estão imunes ao tempo, ainda que tratem das cláusulas de irrevogabilidade, que recebem a influência da interpretação e das emendas equivalentes para ampliar o sistema de proteção dos direitos fundamentais. As normas com ânimo de duração, apesar do rito especial do art. 60, são, no contexto de atuação do poder reformador, normas facilmente modificadas. De toda forma, isso não é necessariamente algo negativo visto que elas exercem uma importante função ao possibilitar a flexibilidade da Constituição, mediando a sua vigência no tempo.

Ainda no contexto classificatório estão as normas constitucionais transitórias, que compõem o regime jurídico de transição entre ordens jurídicas. O estudo comparativo permitiu entender e apreender não apenas a respeito da aplicação, mas da concepção dessas normas e de como elas indiretamente contam sobre o momento histórico das manifestações constituintes, confrontando o velho e o novo. Dado o devido distanciamento para uma melhor compreensão dos fatos, é possível constatar o evidente discernimento legislativo e doutrinário sobre o desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro e suas intencionalidades no trato da constituição e, em especial, das normas transitórias.

E apesar da miscelânea normativa, em que a tecnicidade é esmaecida pelas disputas envolvidas, foi possível aclarar aspectos sobre a natureza jurídica, as características e funcionalidade, indicando que a acessoriedade e a temporalidade delimitada são os traços mais perceptíveis. Nesse sentido, indicou-se uma classificação do ADCT de 1988, objetivando o melhor entendimento sobre o fenômeno e de como suas características essenciais se contrastam, sobretudo, com as sucessivas alterações realizadas pelo Congresso Nacional.

A análise sobre o poder reformador brasileiro tem como discussão pressuposta a pulsante dicotomia entre preservar aquilo que o poder constituinte originário descreveu como proposta fundamental de sociedade e alterar, não apenas pela vontade da mudança, mas também pela própria manutenção substancial daquela vontade soberana inicial.

A estabilidade da Constituição, como foi possível verificar, é permeada por diversos institutos que se conectam com o projeto de durabilidade e força normativa da Constituição. A mudança, dentre os vários fatores mencionados no trabalho, representa, sob uma aparência paradoxal, um dos fundamentos mais importantes para a garantia de perenidade do texto constitucional, tendo sido analisados os institutos de modificação formal da Constituição de 1988.

O primeiro deles foi a revisão constitucional, concebendo-o enquanto modalidade de reforma de maior flexibilidade e desmistificando o argumento de que serviria para alterações mais amplas da Constituição, já que as emendas constitucionais são dotadas de mesma capacidade, bem como a ressalva de que a revisão, por ser norma constitucional exaurida, não pode ser restaurada pelo poder reformador. Em segundo plano, defendeu-se que o rito do art. 5º § 3º inaugurou uma nova modalidade de alteração constitucional, tendo em conta que investiram de supremacia formal os tratados internacionais de direitos humanos, incorporando-os ao conceito de bloco de constitucionalidade e, portanto, seriam parâmetro para o controle de normas. E, por fim, o rito das emendas constitucionais que, sem sombra de dúvidas, representa o processo de maior repercussão e complexidade de manifestação, pois que se vincula aos mais diversos problemas de efetividade das normas constitucionais, bem como sobre os limites de atuação do poder reformador, que transita numa linha tênue entre atualização e violação.

Condensando as discussões já tratadas, voltou-se aos questionamentos centrais para o desenvolvimento da tese, tendo como ponto de partida o suposto aval dado pelo STF ao Congresso Nacional para lidar, de forma ampla, com a reforma ao ADCT. Constatou-se que as fundamentações elencadas à tese vencedora não problematizaram, minimamente, os potenciais riscos decorrentes do abuso do poder de reforma. Na verdade, serviu para demarcar com clareza a atribuição moderadora da Suprema Corte em face, inclusive, das alterações constitucionais.

A discussão sobre o sentido do ADCT, tal qual ventilada pelos votos vencidos, não tratou de uma postura ativista ou de controle da prerrogativa constitucional do Congresso, mas de amadurecimento dos caminhos para uma otimizada efetivação da Constituição, seja pela emenda ou por qualquer outro método, já que a reforma é apenas um meio para alcançar tal objetivo. Há um desejo imanente de que uma nova constituição ou a sua modificação seja capaz de espantar crises ou de recolocar a sociedade em um caminho de progresso. E a inevitável frustração a carrega para um grau profundo de descrédito.

É importante esclarecer que o delineamento da natureza jurídica do ADCT não objetivou apenas uma análise jurídico-normativa, mas também serviu como um pressuposto para o entendimento do papel político do legislador, enquanto guardião da constituição, em atualizá-la objetivando o aperfeiçoamento. Não se quer defender, com isso, linearidade ou um ideal de estabilidade a partir do constitucionalismo de 1988, até mesmo porque o caminho para a concretização da Constituição não pode estar alheio ao campo da decisão política.

Ao mesmo tempo que representou um marco definidor de uma nova concepção de constitucionalismo brasileiro, a CF/88 ainda enfrenta, ao longo dos seus 30 (trinta) anos de vigência, oscilações quanto à efetividade, já que a magnitude dos seus desafios contrasta com avanços e retrocessos na realização de seus fundamentos e objetivos fundamentais, bem como no seu papel mediador da relação entre política e direito.

As violações sistemáticas ao texto constitucional, por intermédio de ações reformadoras ostensivas às normas do ADCT, reforçam a associação desse comportamento desafiador, de um governo legislativo que opera ordinária e paralelamente às regras do ordenamento jurídico e à própria substancialidade da democracia, ao que se denomina de um conjuntura de exceção legislativa silente, à medida que se tolera um agir que rompe com as regras do regime democrático e com seus ritos processuais constitucionais.

A circunstância de exceção representa a emergência fática de uma manifestação, efemeramente aprisionada na norma constitucional, marcada pela crise da normalidade democrática, trazendo, a própria Constituição, os instrumentos excepcionais de limitação ou suspensão de direitos, em face da preservação do Estado. Opera-se, nas situações apresentadas, num estado de exceção não declarado.

A mudança constitucional do ADCT deixa de apresentar-se como uma aparente antagonista da estabilidade, para comprometê-la decisivamente, a ponto de constatar-se uma verdadeira inversão de valores, que, artificialmente, se confronta, sob a camuflagem de meras exceções, com a vontade constituinte originária e que, sequer, leva em consideração o respaldo social para empreender tais alterações. A reforma, que ordinariamente se prestaria a garantir a continuidade com as adequações indispensáveis às demandas sociais, passa um fator de uma instabilidade que compromete os propósitos constitucionais, transformando-os em promessas esvaziadas de normatividade.

A indolência às alterações constitucionais, respaldada pela pressuposta autorização de suas normas (validade formal), fragmenta, inadvertidamente, a legitimidade democrática, considerando-a como uma imagem icônica do processo constituinte de fundação do Estado de Direito. Em verdade, trata-se de potência permanente, atribuindo sentido à atuação do poder reformador.

Em vez de funcionar como mecanismo de transição entre mudanças constitucionais relevantes, o ADCT, sob a batuta congressual reformadora, orchestra um processo de resoluções imediatistas ou, para ser mais preciso, de distanciamento entre norma e realidade,

aprisionando de tal forma a força normativa da CF/88, em que as suas normas regridem, gradualmente, para meras promessas ou exortações disfarçadas de normas.

A representação política, em vez de aproximar as extremidades de um abismo, que se amplia pelo decurso do tempo, entre a expressão constituinte e os anseios democráticos atuais, contribui para o descrédito da Constituição de 1988, valendo-se, paradoxalmente, de seus próprios processos de materialização dos comandos.

As razões desse fenômeno, imprimido pelas alterações perniciosas ao ADCT, repousam num contexto de descumprimento generalizado, onde a constituição deixa de se configurar enquanto horizonte factível e norteador da política para se transformar em um hábil instrumento de dominação e que impõe um sistema de estratificação social, identificado pelo grau de efetividade das normas constitucionais. E, apesar de a constituição estar em maior evidência, essa incapacidade se estende proporcionalmente às normas infraconstitucionais.

Escorando-se numa suposta legitimidade procedimental da Constituição, as ingerências realizadas às normas transitórias representam, em sua maioria e numa visão global, violações sistemáticas ao Estado de Direito, comprometendo a unidade e a efetividade das normas constitucionais.

Contraditoriamente, à medida que o tempo avança sobre a eficácia normativa do ADCT, esse fluxo ordinário cede espaço à renovação e inserção, conforme visto, de novas disposições transitórias, ou seja, em vez de perder eficácia gradativamente, ganham fôlego para, por exemplo, mais cinquenta anos de duração (EC n.º. 83/2014), além de outras ampliações e previsões temporais.

Diga-se de passagem, trata-se de uma aparente regra temporária que desafia o tempo de vigência de todas as constituições republicanas do Brasil, sendo evidente o desvirtuamento ao prognóstico do constituinte originário. Mas, antes que se possa afirmar retoricamente que a periodicidade de ajustes no texto constitucional é um sinal de busca pelo aperfeiçoamento de suas normas, a prorrogação de prazos de uma agenda de direitos que cobra urgência em sua realização é um sinal de alerta para se questionar a dificuldade e a complexidade para a concretização dos direitos fundamentais.

Assim como um rio que recebe os influxos da ação humana para fins de restabelecimento do seu curso, as disposições transitórias da Constituição Federal de 1988, ao longo dos seus 30 anos, vêm sofrendo, por meio de emendas, um processo de perpetuação, como se delas dependesse, indefinidamente, o projeto constitucional de governabilidade pelas

normas permanentes, vulgarizando, não apenas, o ADCT, mas o próprio processo da reforma constitucional.

As normas transitórias perdem a sua funcionalidade originária de acomodação sistemática entre constituições e de compatibilização das normas de direito pré-constitucional, para incorporar normas autônomas, mas, principalmente, para operacionalizar as reformas constitucionais. Ainda mais paradoxal é a verificação de reformas sucessivas às próprias emendas, protagonizando, não necessariamente, o erro de prognóstico, mas a intencionalidade de renovar a eficácia do ADCT sob a justificativa de que se trata de uma incidência temporária.

A ingerência legislativa sobre o ADCT oportunizou a alteração de regras originárias, mas também a revisão de emendas (a modificação da modificação) e, pior, a inclusão de novos dispositivos que aparentam *status* de temporariedade e outros temas que se distanciam dos seus propósitos.

Essa disfunção legislativa imprime no texto constitucional, não apenas, a sua incapacidade de enfrentamento da crise de normatividade, como impõe a incorporação de regras que esvaziam a sua efetividade. A pretexto de criar regras transitórias e excepcionais, o poder reformador acabou por suspender a imperatividade do texto permanente, transformando o ADCT em um conjunto normativo que concorre, de forma nociva, com os propósitos fundamentais da CF/88. Essa neutralização importa em considerar o projeto de Constituição social em uma promessa que é, continuamente, adiada pelo Congresso Nacional.

Os trinta anos de vigência da Constituição Federal de 1988 tenciona uma reflexão sobre a necessidade de desconstrução do mito da autossuficiência do poder constituinte brasileiro, enquanto fórmula transformadora imediata da realidade. O distanciamento entre o discurso político e a prática tornou a sociedade expectadora do seu próprio futuro, depositando na normatividade da constituição a esperança de concretização de uma dívida social secular. E nas situações de crise constitucional essa expectativa é ainda mais realçada em contraste com o interesse no enfrentamento das questões sensíveis (socioeconômicas) da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

AGESTA, Luís Sanches. **Curso de derecho constitucional comparado**. Imprenta: Madrid, 1965.

ANDRADE, Paes; BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. 1988-2018: trinta anos de constitucionalização permanente. In.: MENEZES FILHO, Naercio; SOUZA, André Portela (Org.). **A Carta** – para entender a constituição brasileira. São Paulo: Todavia, 2019.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos estud. CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, abr. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002018000100013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 16 jul. 2019. <http://dx.doi.org/10.25091/s01013300201800010003>.

BACHOFF, Otto Von. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 2014.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. 2. reimp. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016.

BARBOSA, Rui. **A Constituição e os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. 2. ed. Rio do Janeiro: Atlantida, 1893. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242783>>. Acesso em: 09 dez. 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. São Paulo: Bookseller, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Disposições constitucionais transitórias (natureza, eficácia e espécies)** - delegações legislativas (validade e extensão) poder regulamentar (conteúdo e limites). Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | vol. 1 | p. 489 - 506 | Maio / 2011 DTR\2012\993.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

BARRUFINI, José Carlos Toseti. **Revolução e poder constituinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil** (promulgada em 05 de outubro de 1988). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Aureliano Cândido de Tavares. **A província: estudo sobre a descentralização do Brasil**. Edição Fac-Similar, Brasília: Senado Federal, 1996.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BELO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **O fim das ilusões constitucionais de 1988?** Revista Direito e Práxis, *Ahead of print*, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/37470/26483>>. Acesso em: 27 dez. 2018.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. **Separata de Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, v. 49, p. 1-23, 2006.

BIDART CAMPOS, Gérman J. **Teoría general de los derechos humanos**. Buenos Aires: Astrea, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **A revisão constitucional na Carta de 1988**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176026>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. **A falsa constituinte de 1991**. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | vol. 1 | p. 565 - 565 | Maio / 2011 DTR\2012\995.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/185600>> Acesso em: 14. nov. 2018.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Secretaria-Geral da Presidência. Constituição do Brasil de 1967 (anais) Brasília, 1969, p. 07. 4v.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/13596>>. Acesso em: 08 mar. 2019.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Disponível: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=473D613BD34EDB9BEC1E50628EC3B824.proposicoesWebExterno1?codteor=1243156&filename=Dossie+-PEC+51/1990>. Acesso em: 23 out. 2018.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/13596>>. Acesso em: 08 mar. 2019.

BRASIL. **Câmara dos Deputados.** Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/13596>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

BRASIL. **Câmara dos Deputados.** Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/12115>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

BRASIL. **Senado Federal.** Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1967/1967%20Livro%2006.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2019.

BRASIL. **Senado Federal.** Assembleia Nacional Constituinte (Atas de Subcomissões). Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/4c_Subcomissao_De_Garantia_Da_Constituicao,_Reformas_E_Emendas.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do HC nº 70.514-6/RS. Relator Min. Sydney Sanches. **Pesquisa de Jurisprudência.**

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em 5 jul. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.017/DF. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4437805>>. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 829-3/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Moreira Alves. J. 14-4-1993, **DJ de 16-9-1994**. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADI_829_DF_14.04.1993.pdf?Signature=ZJ2cKEBo85s56QbkjYloPWpqWVvk%3D&Expires=1542505765&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=6f0ec357a99542fc8fdbd44e645d5294>. Acesso em: 18 nov. 2018.

CAMPOS, Francisco. **Direito constitucional.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 1.

CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. *A intangibilidade constitucional do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito: a ordem jurídica entre permanência e mudança.* In: ROCHA, Maria Vital da; CARVALHO, Paulo Rogério Marques de. **25 anos da Constituição Federal de 1988:** os direitos fundamentais em perspectiva. Fortaleza: Expressão gráfica, 2013.

_____. **O povo é inconstitucional:** poder constituinte e democracia deliberativa. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016.

_____. As origens da teoria do poder constituinte: um resgate da obra de Si é yes e suas múltiplas releituras pela doutrina publicista continental. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ-** RFD- v.1, n.25, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Constituição dirigente e vinculação ao Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa**: anotada. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Entre o dever da toga e o apoio à farda: independência judicial e imparcialidade no STF durante o regime militar. **Rev. bras. Ci. Soc.**, São Paulo, v. 32, n. 94, e329415, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092017000200512&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 Jul. 2019. E-pub, July 13, 2017. <http://dx.doi.org/10.17666/329415/2017>.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura**: a crise da democracia liberal. Trad. Joana Angélica d'Ávila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COLÓN-RIOS, Joel. **La Constitución de la democracia**. Trad. Graciela Rivera Munõz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013 (E-book).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Tibi vs Ecuador**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 16 dez. de 2018.

DANTAS, Ivo. **Das disposições constitucionais transitórias (uma redução teórica)**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46489/46696>>. Acesso em: 18 ago. 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. A Fossilised Constitution? **Ratio Juris**, [s. l.], v. 17, n. 4, p. 454–473, 2004. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=aph&AN=15126124&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

_____. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, jan. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144>>. Acesso em: 08 Jul. 2019. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4144>.

_____. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DIEZ-PICAZO, Luís Maria. **La derogación de las leyes**. Madrid: Civitas, 1990.

DIMOULIS, Dimitri. Arguição de descumprimento de preceito fundamental problemas de concretização e limitação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.94, n.832, p.11-36, fev. 2006.

ELSTER, Jon. **Ulisses liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. SP: UNESP, 2009.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma jurídica el y tribunal constitucional**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionais, 1985.

_____. **Constituição como norma**. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional |vol.1| p.73| Mai/2011. DTR\2012\1000.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FARIA, José Eduardo. **Entre a rigidez e a mudança**: a Constituição no tempo. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 2, jul./dez. – 2003.

FAVOREU, Louis; LOIC, Philip. **Les grandes décisions du Conseil constitutionnel**. 14. ed. Paris: Dalloz-Sirey, 2007.

FAVOREU, Louis; LLORENTE, Rubio. **El bloque de la constitucionalidade**: simposium franco-español de derecho constitucional. Madrid: Civitas, 1991.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito constitucional**: teoria da Constituição; as Constituições do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. **Curso de direito constitucional brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **A Constituinte instituída**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/download/60055/58375>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

FERRARI, Sérgio. **Criação de municípios e debate científico**: entre mitos e métodos. Revista de informação legislativa: RIL, v. 53, n. 211, p. 55-80, jul./set. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p55>. Acesso em: 16 dez. 2018.

FERRAZ, Anna Cândido da Cunha. A transição constitucional e o ato das disposições constitucionais transitórias de 05.10.1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 26/1999, p. 54-68, jan-mar, 1999.

FERREIRA, Pinto. **Técnica legislativa como a arte de redigir leis**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181674/000421282.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 15 out. 2018.

FERREIRA, Waldemar Martins. **História do direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 1954.

FIORE, Pascuale. **De la irretroactividad e interpretación de las leyes**: estudio crítico y de legislación comparada. Traducción: Enrique Aguilera de Paz. 4. ed. Madrid: Reus, 2009.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Direito intertemporal brasileiro**: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido. 2. ed. rev. e atual. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968.

GABBA, C. F. **Teoria della retroattività delle lege**. Torino: Unione, 1891.

GARCÍA-PELAYO, Manoel. **Derecho constitucional comparado**. Alianza Editorial: Madrid, 1999.

GARGARELLA, Roberto. O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 37-75. ISBN 978-85-450-0196-6. Disponível em: <<https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/08/1.03-Roberto-Gargarella-O-novo-constitucionalismo-dial%C3%B3gico.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2019.

GIORGI, Raffaele de. **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GODOY, Arnaldo de Sampaio de Moraes. **A história do direito entre foices, martelos e togas**: Brasil 1935-1965. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Tiempo y Constitución**. Lima: Palestra, 2017.

_____. **Prolegómenos de um entendimento da Constituição “Adequada ao Tempo”**. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/viewFile/2240/pdf>>. Acesso em 10 de jun. 2019.

HALMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista (Um comentário à Constituição americana)**. Tradução de Reggy Zacconi de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959.

HENKIN, Louis. **The age of Rights**. Nova York: Columbia University Press, 1990.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. **Escritos de Derecho Constitucional**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. A competência da assembleia nacional constituinte: **Política: Revista de direito público, legislação social e economia**. Rio de Janeiro: vol. 1, nº.1, Janeiro, 1934, p.34-43.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília: Ipea, 2013. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/deficitdedefensores>>. Acesso em: 25 dez. de 2018.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005.

LEAL, Vitor Nunes. **Leis complementares da Constituição**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/9765/8787>>. Acesso em: 02 jan. 2018.

_____. **Classificação das normas jurídicas**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/8761/7489>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

LIMA, Francisco Gerson Marques de. Bloco de Constitucionalidade: os sistemas francês e espanhol. **Revista opinião jurídica**, n. 3, ano II. Fortaleza, 2004.

LLORENTI, Rubio. **La forma del poder**. Madrid: Centro de Estudios Politicos Y Constitucionais, 1997.

LYNCH, Christian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Por uma história constitucional brasileira**: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 974-1007, Jun. de 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000200974&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 mar. 2019.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1979.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1985.

MACHADO, Hugo de Brito. Teoria da recepção no direito intertemporal. **Interesse Público - IP**, ano 17, n. 89, p. 15-24, jan./fev. 2015. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **El control difuso de convencionalidade**. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/9.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2018.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **É preciso enfrentar os argumentos a favor do retrocesso da condição humana**. <<https://www.conjur.com.br/2018-set-18/souto-maior-preciso-enfrentar-retrocesso-condicao-humana>>. Acesso em: 22 out. 2018.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARMELSTEIN, George. *25 anos da Constituição Federal de 1988: presente, passado e futuro*. In: ROCHA, Maria Vital da; CARVALHO, Paulo Rogério Marques de. **25 anos da Constituição Federal de 1988**: os direitos fundamentais em perspectiva. Fortaleza: Expressão gráfica, 2013.

MARTINS, Leonardo. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTIN, Carlos Cabo. **La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho**. Madrid: Trotta, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis**. 2. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1955.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Podem os Tratados de Direitos Humanos Não “Equivalentes” às Emendas Constitucionais Servir de Paradigma ao Controle Concentrado de Convencionalidade?** Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2741/pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

MELLO, Celso Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Conrado Hübner. Judicial Review of Constitutional Amendments in the Brazilian Supreme Court. **Florida Journal of International Law**, [s. l.], v. 17, n. 3, p. 449–461, 2005. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=aph&AN=21933207&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 6 jul. 2019.

_____. “A política do pânico e circo”. In: **Democracia em risco?**: 22 ensaios sobre o Brasil hoje. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

_____. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEYER, Emílio Peluso Neder. A Arguição de descumprimento de preceito fundamental no

paradigma do Estado democrático de direito. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **O Supremo Tribunal Federal revisitado: o ano judiciário de 2002**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, tomo VI.

_____. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947. v. IV.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2013, v. 1, Tomo II.

_____. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2008, Tomo VI.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Nova revisão constitucional: um atentado à Constituição Federal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** | vol. 56/2006 | p. 88 - 104 | Jul - Set / 2006. DTR\2006\433.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NAVA, Elisur Arteaga. **El derecho constitucional transitorio**. Disponível em: <<https://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/13/13-01.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2018.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

_____. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NOBLAT, Ricardo. **Coisas da política: Porque Sarney governará 5 anos** (*Jornal do Brasil, 21 de junho de 1988*). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/111601/01_05%20jun88%20-%200072.pdf?sequence=1>. Acesso em: 03 mar. 2019.

NORONHA, Fernando. **Indispensável reequacionamento das questões fundamentais de direito intertemporal**. Revista dos Tribunais | vol. 837/2005 | p. 55 - 78 | Jul / 2005. Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 2 | p. 199 - 232 | Out / 2010 DTR\2005\518.

NUNES, José de Castro. **Teoria e prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Élcio Fernandes. Bauru/SP: EDUSC, 2005.

PACE, Gaetano. **Il diritto transitorio con particolare riguardo al diritto privato**. Milano: Casa Editrice Ambrosiana, 1944.

PAGÉS, Juan Luis Requejo. **Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico**: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade. 2011. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

PESSOA, João Paulo. **As disposições transitórias no direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2017.

PILATTI, Adriano. **A constituinte de 1987-1988**: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. Rio de Janeiro: Lumen Juris/PUC Rio, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010.

REIS, Daniel Aarão. As armadilhas da memória e a reconstrução democrática. In: **Democracia em risco?** 22 ensaios sobre o Brasil hoje. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

RIBEIRO, Ana Carolina Fróes. **Tradição, nacionalismo e modernidade**: o monumento Duque de Caxias. 2006. 258f.

ROJAS, Oswaldo Chacon. **La desnaturalización de los artículos transitorios em la reforma constitucional político de 2014**. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4828/10.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2019.

ROUBIER, Paul. **Le droit transitoire** (conflit des lois dans le temps). 2. ed. Paris: Dalloz et Sirey, 1960.

RUFFIA, Paolo Biscaretti Di. **Introduzione al diritto costituzionale comparato**. 6. ed. Milano: DOTT. A. GIUFFRÈ, 1988.

SADEK, Maria Tereza (org). **Justiça e cidadania no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2000.

SAGUËS, Nestor Pedro. **La constitución bajo tensión**. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. **Pela mão de Alice**: o social e o político na transição pós-moderna. São Paulo: Cortez, 1997.

SALDANHA, Nelson. **O poder constituinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O poder de reforma constitucional**. 3. ed., atualizada por Uadi

Lamêgo Bulos. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos**. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/28337/006_sarlet.pdf?sequence=3>. Acesso em: 17 out. 2018.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução de Beatriz Hennig; Leonardo Martins, et al. Berlin-Montevideo: Konrad-Adenauer Stiftung E. V., 2005.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?** Tradução: Norma Azevedo. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, José Afonso. **Um pouco de direito constitucional comparado**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA, José Geraldo. **Por uma concepção alargada de Acesso à Justiça**. Rev. Jur., Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p.01-14, abr./maio, 2008.

STRECK, Lenio; CATTONI, Marcelo; LIMA, Martonio. **A nova perspectiva do STF sobre controle difuso**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso>. Acesso em: 02 jul. 2019.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental: lei nº 9.868/99 e 9.882/99**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Reflexões sobre a legitimidade e as limitações do Poder Constituinte, da Assembleia Constituinte e da competência constitucional reformadora**. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. |vol.1| p. 333 |Mai/2011. DTR\1997\546.

_____. **Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça**. Comentários completos à emenda constitucional nº 45/04. São Paulo: Saraiva, 2005.

TELLES Jr. Goffredo. **A Constituição, a Assembleia Constituinte e o Congresso Nacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000. v. 1.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Vol. I. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights**: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional Law. Princeton: Princeton University Press, 2008.

VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. 7. reimp. Madrid: Tecnos, 2011.

VERGONTINI, Giuseppe. **Diritto costituzionale comparato**. 9. ed. Padova: CEDAM, 2013.

VIANNA, Oliveira. **O ocaso do Império**. 3. ed. Rio de Janeiro: ABL, 2006; Rui Barbosa e Joaquim Nabuco.

VIEIRA, Oscar Vilhena. “Que reforma?”. **Estudos Avançados**, v. 18, n. 51, São Paulo: USP, maio/ago./2004.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review, 115 **Yale L. J.** (2006). Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra ato jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.