ADCT: a insustentável incerteza do dever-ser

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) é o segmento da Constituição Brasileira de 1988 que recebeu o maior número de acréscimos e alterações nos trinta e dois anos de vigência da lei fundamental. Com 70 artigos na origem, essa fração do texto constitucional aos poucos converteu-se em *depósito assistemático* de normas de emendas constitucionais e recebeu revisões e extensões sucessivas, isto é, *normas transitórias de segundo e terceiro graus*, cujo objeto principal de modificação foram as

s.

Exemplo ilustrativo: no artigo 40 do ADCT o constituinte originário manteve a Zona Franca de Manaus, com suas características de área de livre comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, assinalando o prazo máximo de sua permanência por 25 anos, contados a partir da promulgação da Constituição. A EC 42, de 19.12.2003, sem modificar diretamente o enunciado do artigo 40, acrescentou o artigo 92 ao ADCT e mais dez anos para o prazo máximo estabelecido no artigo 40 do ADCT. Nove anos depois, a EC 83, 05.08.2014, acrescentou o artigo 92-A, para ampliar em mais 50 anos o prazo fixado no artigo 92 do ADCT. Ao final, a Zona Franca de Manaus, ao invés de ser mantida por 25 anos deverá ser mantida por 85 anos. Por óbvio, esse é o cenário atual, ainda instável, pois novas emendas constitucionais poderão assegurar a "perenização do transitório".[[1]]

Hoje o ADCT possui 114 artigos, sendo que alguns deles com dupla alteração e um vasto desdobramento em parágrafos, incisos e alíneas. O ADCT brasileiro equivale em tamanho a Constituições estrangeiras inteiras. Fora do ADCT, contam-se ainda centenas de normas transitórias alojadas diretamente no corpo de emendas constitucionais, que identifico como as *disposições transitórias avulsas.*

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Porém, difícil saber o que é mais grave: a alteração ampliativa das disposições transitórias (que *perenizam o transitório*), as revogações de disposições transitórias em pleno curso de esgotamento de sua eficácia (*que fraudam a segurança jurídica*, apanágio das normas de transição) ou a omissão no estabelecimento de regras transitórias (que infringem o *dever de adequação normativa próprio dos sistemas orientados para a previsibilidade, calculabilidade e confiabilidade da mudança normativa*)[[2]] . Em vários casos, as situações se aproximam: a *revogação de norma de passagem pode criar lacuna normativa de transição* caracterizadora de grave abuso de direito. Mas para avançar no tema, apenas esboçado em outros trabalhos[3] e resumido aqui ao máximo, sugiro traçar algumas *distinções.*

1. *Normas de Transição Contingentes e Normas de Transição de Calibração*

Entre as normas de transição há que isolar as que veiculam decisões pontuais, político-institucionais, estabelecidas com diferimento ou programa de realização em tempo determinado, sem vínculo com relações jurídico-subjetivas de trato sucessivo, continuativo ou prolongado. *São as normas de transição contingentes*. Em princípio, podem ser alteradas, pois sua mutação não encerra quebra de expectativas legítimas ou violação à segurança jurídica, salvo se já tenham expirado pelo esgotamento do prazo de diferimento estabelecido ou realizado o seu programa temporal. Pode servir de exemplo a prescrição constante do artigo 2º, do ADCT, que estabeleceu a realização do plebiscito sobre forma e o sistema de governo, cuja data foi objeto de alteração pela EC 2/1992, ou a norma prevista no artigo 42 do ADCT, que trata de limites temporais e percentuais de aplicação dos recursos destinados à irrigação, objeto de dupla alteração (EC 43, de 15.4.2004, e EC 89, de 15.09.2015).

O próprio STF admitiu a *emendabilidade* desse tipo de disposição, desde que empregado o procedimento regular das emendas constitucionais.[4] A Corte não identificou *especificidade sistêmica nessa espécie normativa* pelo fato de integrarem o ADCT nem fundamento para caracterizar esse tipo de norma como *cláusula pétrea implícita*.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

De outra parte, há normas de transição cuja única função é *calibrar a mudança normativa para a situação jurídica de sujeitos determinados*, com vínculos de direito específicos, mediante a construção de *situações de passagem em relações continuativas*, dosando o impacto do novo regime sobre os v ínculos em curso. Sua função básica é mitigar os efeitos da mudança e resguardar, com proporcionalidade, as situações de vantagem e as expectativas legítimas de sujeitos afetados pelas novas disposições, assegurando variadas formas de *compensação*, inclusive pecuniária, *diferenciação de regime* ou simplesmente a *ultratividade do regime jurídico anterior*. São as *normas transitórias de calibração* , que ao mesmo tempo asseguram a mudança sem deixar de diferenciar as situações jurídicas previamente estabelecidas e que serão continuadas. Um exemplo de *norma transitória de calibração* é a previsão extraída do artigo 19 do ADCT, que assegurou aos servidores em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, estabilidade extraordinária, sem direito automático de efetivação por não terem ingressado em serviço mediante concurso público. Outro exemplo, entre muitos, é a prescrição constante do artigo 100 do ADCT, introduzido pela EC 88, de 07.05.2015, segundo a qual até a entrada em vigor da lei complementar de que trata o inciso II do §1º do artigo 40 da Constituição Federal, os Ministros do STF, dos Tribunais Superiores e do TCU aposentar-se-ão, compulsoriamente, aos 75 anos de idade, nas condição do artigo 52 da CF. Essas normas não podem nem poderiam ser alteradas posteriormente para desautorizar o que autorizaram, criar lacunas ou agravar situações jurídicas em curso.[[5]]

As normas transitórias de calibração perderiam a sua *eficácia funcional de garantia* caso estivessem sujeitas a alteração com desenvoltura. Diferentemente das normas permanentes, as normas transitórias de calibração são *pontes temporais de segurança*, que apanham determinado *conjunto especial de situações jurídicas preexistentes*, limitadas a sujeitos determinados ou determináveis, dispondo sobre a acomodação da mudança normativa em situações jurídicas concretas, segundo programa de esgotamento de eficácia predefinido. Não são de alteração trivial, do mesmo modo que não se altera a rota de um avião depois que este levanta voo, salvo em situações excepcionalíssimas, com a adoção de medidas para a mínima afetação da situação dos indivíduos atingidos. Em alguns casos, não podem ser omitidas (são cláusulas necessárias)[[6]] e sequer podem ser alteradas diante do tempo transato e dos efeitos já produzidos sem gravíssima perturbação da confiança que suscitaram e, consequentemente, sem infração à segurança jurídica.

Por servirem de referenciais de futuro, *apólices de segurança na mudança normativa*, essa especial categoria de normas de transição não pode ser simplesmente afastada ou revogada sem promover insegurança grave, pois servem para a programação de agentes que confiaram na seriedade da promessa de adequação e mitigação que apresentavam. Como os indivíduos não podem voltar no tempo, a sua decisão informada não pode ser objeto de reviravoltas ou desconsideração pelo legislador no futuro, sob pena de ser inviável avaliar e decidir com responsabilidade e, por óbvio, exercitar a própria liberdade e dignidade fundamental.[[7]] Essa conclusão não é nova, embora seja nova a identificação de ser o problema agudo em específico segmento das normas de transição (as normas transitórias de calibração).

2. *Normas de transição materiais e Normas de transição formais*

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

É frequente que as normas de direito transitório estabeleçam um "terceiro regime", uma "regulação ponte", diversa tanto da disciplina originária quanto da nova disciplina permanente. São as *normas de transição materiais*, que regulam de forma substantiva as relações jurídicas em curso de esgotamento. Nesse tipo de transição é usual a previsão de novas exigências, novas condições, para o alcance final de direitos em processo de formação. Exemplo dessa espécie são as conhecidas "normas de pedágio", comuns nas reformas previdenciárias, que resguardam os efeitos passados das normas vigentes acrescendo exigências novas para a obtenção de vantagens ou do direito visado, considerado o futuro, porém segundo percurso de aquisição mais favorável do que o estabelecido pelas novas normas permanentes. Por exemplo, o artigo 17 da EC 103/2019.

No caso das normas substantivas de pedágio ou equivalentes, pode-se reconhecer às normas de transição o efeito de atribuírem aos seus concretos beneficiários autêntico *direito adquirido condicional.* A express ão não é contraditória: direito adquirido condicional é aquele assegurado ao beneficiário, porém sujeito ao cumprimento de *condição preestabelecida inalterável ao arbítrio de outrem*. Trata-se de condição que cabe ao detentor cumprir, mas que desde logo não pode ser alterada pelo legislador ou reformador sucessivo. A hipótese está prevista expressamente na parte final do parágrafo 2º. do artigo 6º da LINDB há décadas ("Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, *ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem").* Nesse tipo transição, a prescrição é *autônoma* em relação tanto à norma precedente quanto à nova norma permanente.

Em contraponto, as *regras de transição formais* fixam exclusivamente *critérios de prevalência, dilação ou exclusão da eficácia temporal de normas em face da alteração normativa.* Nesse caso, por óbvio, não há autonomia da regra transitória em face das normas precedentes ou sucessivas. Essas normas evidenciam que, com frequência, normas que perderam a *vigência formal geral* podem preservar a *vigência material* para reger grupos determinados de sujeitos, específico conjunto de relações ou em dado território. A manipulação do tempo jurídico permite a existência de *cadeias temporais distintas* , que se entrecruzam e tensionam, sem existência de conflito. A EC 103, de 12.11.2019, é particularmente complexa em relação às normas de transição formais, pois em algumas passagens atribuiu grande relevo a decisões do legislador infranacional. Em seu artigo 36, por exemplo, estabelece *múltiplas cadeias de vigência*:

"Artigo 36. Esta Emenda Constitucional entra em vigor:

I – no primeiro dia do quarto mês subsequente ao da data de publicação desta Emenda Constitucional, quanto ao disposto nos artigos 11, 28 e 32;

II – para os regimes próprios de previdência social dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quanto à alteração promovida pelo artigo 1º desta Emenda Constitucional no artigo 149 da Constituição Federal e às revogações previstas na alínea "a" do inciso I e nos incisos III e IV do artigo 35, na data de publicação de lei de iniciativa privativa do respectivo Poder Executivo que as **referende integralmente** ; [grifo nosso]

III – nos demais casos, na data de sua publicação.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Parágrafo único. A lei de que trata o inciso II do caput não produzirá efeitos anteriores à data de sua publicação.”

A fórmula de vigência adotada no inciso II do artigo 36 da EC 103/2019 é inusitada. A EC 103, como se sabe, delegou a distintos veículos formais a disciplina do regime próprio de previdência social dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Há alterações que devem ser procedidas nas Constituições Estaduais e nas leis orgânicas, e alterações que precisarão ser previstas em leis complementares e outras em leis ordinárias. No entanto, refere o reformador no inciso II do artigo 36 apenas a data de publicação de uma específica lei, de iniciativa do Poder Executivo, sem qualificação adicional e sem observar a complexa disciplina de fontes presente na própria emenda constitucional. Para agravar, em fórmula enigmática, impõe que a referida lei "referende" as alterações suspensas "integralmente". Qual o sentido dessa exigência de *referendo integral*? Trata-se de cláusula de caducidade condicional sem prazo definido? Cuida-se, em primeira leitura, apenas de *exigir explicitude* do legislador estadual, municipal e distrital na revogação, em âmbito próprio, das normas de transição anteriores, com previsão de transição alternativa para as diversas situações vigentes nas ordens subnacionais, evitando a ocorrência de lacunas. *Sem a decisão local revogatória expressa, permanecem vigentes em âmbito subnacional as normas de transição anteriores, referidas no artigo 35 da EC103/2019, que perderam vigência formal apenas no âmbito federal*. Mas, reconheça-se, não há clareza sobre o veículo normativo local aludido, sobretudo porque toda a matéria era, antes da EC 103/2019, prevista nas leis fundamentais das ordens jurídicas subnacionais de forma expressa ou implícita (norma de reprodução obrigatória).

Outro problema é se essa revogação, *em si*, pelo reformador nacional ou pelo reformador local, é legítima ou não em face da segurança jurídica, da proteção da confiança e da eficácia própria das normas transitórias de calibração, nomeadamente quando fixadas em disposições materiais em vias de esgotamento. Os problemas de segurança jurídica transcendem aos velhos conflitos de direito intertemporal e convocam hoje a exigência de transição equitativa e proporcional, com base na proteção da confiança e na boa-fé, sobretudo nas relações de longa duração.

É este o cenário do direito constitucional transitório entre nós. Um conjunto normativo em contínua expansão, tumultuado por normas de primeiro, segundo e terceiro graus, sem clareza sobre os limites temporais das próprias normas de transição, que promete segurança e ao mesmo tempo revoga a presumida segurança das normas transitórias anteriores. Um articulado assistemático e lacunoso, que suscita inquietação e perplexidade, muitas vezes incompatível com o Estado de Direito, a desafiar o aperfeiçoamento de nossas práticas constitucionais e a atuação dos órgãos de controle.

[[1]] Crítica da "perenização do provisório" e da emendabilidade das disposições transitórias, com abordagem pioneira, cf. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Natureza e Eficácia das Disposições Constitucionais Transitórias. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. SP: Malheiros, 2001, p. 344-345, 399-400 e 405.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

[[2]] O Art. 23 da LINDB é exemplo destacado de consagração do *dever* de estabelecimento de cláusulas de transição no âmbito administrativo, controlador e judicial.

[[3]] Cf. MODESTO, Paulo. Disposições constitucionais transitórias na reforma da previdência: proteção da confiança e proporcionalidade. RBDP. n. 56, p. 9-54, jan./mar. 2017. Web http://bit.ly/reformaprevidenciatransicao ; idem, A Reforma da Previdência e a Espera de Godot. *RBDP* , n.65, p.9-20,abr./jun.2019, web: http://bit.ly/reformaesperadegodot

[[4]] Cf. ADI 829, rel. min. MOREIRA ALVES, j. 14-4-1993, P, DJ de 16-9-1994.

[[5]] Embora tenha sido aprovada a LC 152/2015, de origem parlamentar, a ADI 5316 permanece na pauta do STF.

[[6]] Em voto na ADI 3.105-DF, o Min. GILMAR MENDES destacou o *dever* de estabelecimento de regras de transição em face da reformas constitucionais substanciais ou de alto impacto, sob pena de inconstitucionalidade por omissão (STF, ADI3105, ELLEN GRACIE, Rel.p/Acórdão Min. CEZAR PELUSO, Pleno,j.18/08/2004,p.312-313). Na ADI 3.104/DF, que tratou da EC 41/2003, novamente o Min. GILMAR MENDES, destacou a "insuficiência da teoria do direito adquirido" e necessidade de invocação direta do princípio da segurança jurídica para evitar-se o que chamou de "uma corrida de obstáculo com obstáculo em movimento" (ADI 3104, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Pleno, j. 26/09/2007, p. 173-174).

[7[7]] "Respect for autonomy involves respect for the ability to plan, which requires respect for the ability to rely on the law, all of which require restraint from deeming the law to have been something other that what it actually was at an earlier time."(JURATOWITCH, Ben. *Retroactivity and the common law*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p.49). Nesse mesmo tópico, com clareza e precisão, cf. ÁVILA, Humberto. *Constituição, Liberdade e Interpretação*. SP: Malheiros, 2019, p. 170; *Teoria da Segurança Jurídica*. 4º ed. SP: Malheiros, 2016, p. 109.

Date Created
26/11/2020

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.