
MEDIDA PROVISÓRIA: LIMITES DE SUA ATUAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE CONVALIDAÇÃO DE ATOS PRETÉRITOS

Lucas Rocha Furtado*

1. Apresentação do tema

Com o intuito de tornar mais evidente a importância do tema sob comento, examinar-se-ão a atuação e os limites lógicos de medidas provisórias cotejando-as com uma situação concreta: a suspensão, através de medida provisória, da vantagem pessoal denominada quintos.

Deixe-se assente, no entantom, que o raciocínio aqui desenvolvido é igualmente válido para casos semelhantes, como, por exemplo, a criação, por medida provisória, de contribuições sociais, que, nos termos da Constituição Federal, art. 195, § 6º, somente “poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado”. Em não sendo apreciada a medida provisória, é possível, através de sua reedição, serem os efeitos pretéritos da antiga medida provisória convalidados pela nova medida provisória? Os efeitos da medida provisória não aprovada, porém não rejeitada expressamente pelo Congresso Nacional, podem continuar a produzir todos os efeitos jurídicos pretéritos (e.g. a extinção da gratificação denominada quintos) ou futuros (e.g. contagem de tempo de noventa dias necessária para a exigência de contribuições sociais)? A fim de responder a esses questionamen-

tos, cumpre tecer os comentários preliminares a seguir expostos.

2. Breve histórico

Para que se possa adentrar o mérito da questão, urge historiar brevemente a cadeia de atos normativos que regeram, a partir da Lei nº 8.112/90, a incorporação à remuneração dos servidores públicos federais da gratificação pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento. Nesse sentido, registre-se que a Lei nº 8.911/94, de 11 de julho de 1994, em seus arts. 3º a 11, definiu critérios de incorporação da vantagem de que trata o art. 62 da Lei nº 8.112/90, denominada **quintos**, que, entretanto, por força das Medidas Provisórias nº 831, de 18 de janeiro de 1995, e nº 892, de 16 de fevereiro de 1995, teve sua extinção decretada.

A Medida Provisória nº 939, de 16 de março de 1995, por sua vez além de mante a supressão dos quintos, instituiu a figura dos **décimos incorporados**, cujo termo inicial para a contagem do interstício de um ano, necessário à agregação da vantagem, passou a ser o dia 19.1.94 (art. 9º).

Seguiram-se a Medida Provisória nãoº 968, de 12 de abril de 1995; a Medida Provisória nº 993, de 11 de maio de 1995; a Medida Provisória nº 1.019, de 8 de junho de 1995; a Medida Provisória nº 1.068, de 28 de julho de 1995; a Medida Provisória nº 1.095 de 25 de agosto de 1995; e a Medida Provisória nº 1.127, de 26 de setembro de 1995, que manteve-

* Professor na Universidade de Brasília e Sub-Procurador do Ministério Público junto ao TCU.

ram, em substância, as disposições contidas na Medida Provisória nº 939/95.

Já a Medida Provisória nº 1.160, de 26 de outubro de 1995, mesmo preservando os **décimos incorporados**, permitiu, até a data de sua publicação, a concessão ou atualização da parcela de quintos a que o servidor faria jus se vigente a redação original da Lei nº 8.911/94.

As Medidas Provisórias que a sucederam (MP nº 1.195, de 24.11.95; MP nº 1.231, de 14.12.95; MP nº 1.268, de 12.1.96; MP nº 1.307, de 9.2.92; MP nº 1.347, de 12.3.96; e MP nº 1.1389, de 11.4.96), aperfeiçoando a sistemática introduzida pela Medida Provisória nº 1.160/95, estabeleceram critérios diferenciados para a concessão e atualização dos quintos aos servidores que completaram o interstício necessário nos períodos 19.1.94 a 28.2.95 e 1.3.95 a 26.10.95. Àqueles que completaram o interstício legal a partir de 27.10.95 assegurou-se, tão-só, a incorporação dos décimos.

3. A questão proposta

Registre-se que, até a presente data, nenhuma das mencionadas Medidas Provisórias havia sido convertida em lei, nem o Congresso Nacional havia disciplinado as relações jurídicas delas decorrentes, nos termos do parágrafo único do art. 62 da Constituição Federal.

Em face desse quadro e, sobretudo, da prática habitual do Poder Executivo de inserir nas diversas reedições desses provimentos normativos cláusulas convalidadoras dos atos praticados com base em medida provisória predecessora, indaga o ilustre consultante sobre a aplicabilidade do direito pretérito, ou seja, das Leis nº 8.212/90 e nº 8.911/94, aos períodos de vigência das medidas provi-

sórias não apreciadas pelo Poder Legislativo.

Desse modo, o ponto fulcral a ser analisado, so a ótica do âmbito temporal de validade e de eficácia das normas, diz respeito à interpretação do parágrafo único do art. 62 em conjunto com os comandos contidos nas Medidas Provisórias e nas Leis supramencionadas quando o prazo constitucional de 30 dias tenha transcorrido sem manifestação do Congresso Nacional, seja convertendo em lei o ato legislativo, seja regulando as relações jurídicas delas decorrentes

Adicionalmente, deve ser enfrentado fator complicador atinente à hipótese de reapresentação de medida provisória contendo dispositivo que pretenda convalidar os atos praticados na vigência da anterior.

4. A origem da medida provisória

O instituto da medida provisória constitui inovação em nosso Direito Constitucional. Sua inclusão no texto da atual Lei Maior foi fruto de conflito ideológico estabelecido durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte que elaborou a Carta Magna de 1988.

Por um lado, buscava-se apagar os resquícios dos métodos utilizados pelo governo de exceção que vigorou no país, entre os quais o uso indiscriminado do **decreto-lei**. Como ato legislativo originário do Poder Executivo, tinha o decreto-lei como peculiaridade a possibilidade de converter-se em lei pelo decurso do prazo de sessenta dias sem deliberação do Parlamento, sendo considerados válidos os atos praticados sob sua vigência, em caos de rejeição.

Por outro, tinha-se presente que a **delegação legislativa** era - e ainda é - uma das características marcantes do

Direito Constitucional hodierno, consequência direta da consolidação do estado Social, que, em oposição ao Estado Liberal, busca reger e interferir na vida econômica e social do país. Particularmente, é o Poder Executivo, por deter aparato de poder diversificado, que lhe permite controlar desde as forças armadas até os órgãos responsáveis pelo controle e planejamento da economia, o depositário natural dessa incumbência legiferante. Particularmente, nos países em vias de desenvolvimento, como o Brasil, submetidos a fortes crises econômicas e sociais, a possibilidade de produção e normas legais isenta dos óbices naturais dos tradicionais e lentos processos de elaboração legislativa, parece antes medida imprescindível para viabilizar o adequado enfrentamento dessas conjunturas instáveis.

À medida provisória, inspirada no modelo constitucional italiano, que incorpora regime parlamentarista, surge então como proposta harmonizadora das duas vertentes. De um lado, ao mesmo tempo em que permite ao Poder Executivo, em caso de relevância e urgência, exercer parcela da competência para criar normas jurídicas gerais, inclusive sem delimitar, como nos decretos-leis, seu campo de incidência material segue, por outro rito elaborativo sintético, marcado pela predominância do Poder Legislativo, uma vez que o decurso de prazo, agora de 30 dias, não mais carrega a aprovação tácita da matéria, mas sim, a perda de sua eficácia *ex tunc*, cabendo ao Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

O art. 62 da Constituição Federal assim dispõe:

“Art. 62. Em, caso de relevância e urgência, o Presidente da república poderá adotar medidas provi-

sórias, com força de lei, devendo submetê-las ao Congresso Nacional que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.”

A compulsão legiferante do Poder Executivo fez-se sentir em pouco tempo. De providência excepcional, passou a edição de medidas provisórias a ser método legislativo rotineiro, alargando-se por um plexo de matérias jamais pelos estudiosos da ciências política e do direito.

A incompatibilidade entre a concepção ideal de medida provisória formulada pela doutrina e sua roupagem factual, moldada pelo evidente descompasso entre a agilidade do Poder Executivo e a imobilidade do Poder Legislativo, deixou evidenciada a deficiência da importação para um regime presidencialista de instituto típico do parlamentarismo. Afinal, nesse último, que incorpora sistema próprio de freios e contrapesos entre os poderes, sujeita-se o Governos, na hipótese de edição de *decreti-legge* sem necessária base de apoio parlamentar, a uma moção de desconfiança, que pode resultar em eventual queda do Gabinete.

5. O princípio da separação de poderes

A temática da medida provisória como forma de delegação legislativa faz surgir, inevitavelmente, questionamentos a respeito da nova feição que deve guar-

dar o princípio da **separação dos poderes**, insculpido no art. 2º de nossa Lei Maior.

Já não há falar em rigidez na in-comunicabilidade das funções estatais atribuídas aos poderes. A visão originária de MONTESQUIEU mantém-se, apenas, como fio condutor de um novo modelo que prestigia, sob certa medida, a interpretação das esferas de competência dos diversos Poderes da República.

Se a abordagem meramente política da questão refoge ao escopo do presente Parecer, a ótica jurídico-constitucional, calcada nos dispositivos regedores da arquitetura do Estado, deve ser explicitada. Para tanto, tem-se como apropriado transcrever trecho de esclarecedor Voto do Ministro CELSO DE MELLO, exarado quando da apreciação de Medida Liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 293-7/600-DF (in D.J. de 16.4.93, Ementário do STF nº 1699-1, p. 9), *verbis*:

“O constituinte brasileiro, ao elaborar a Constituição que nos rege, mostrou-se atento e sensível à experiência histórica de outros Povos e fez consagrar, na Carta Política que promulgou, fiel à nossa própria tradição constitucional entre os órgãos da soberania nacional.

Esse princípio - o da separação dos poderes -, a que é ínsito um sentido de fundamentalidade, foi proclamado, na Constituição brasileira de 1988, como um de seus núcleos irreformáveis, insuscetível de alteração por via de emenda constitucional (art. 60, § 4º, III).

O sistema de checks and balances, de freios e contrapesos, possibilita, pelo exercício de controles interorgânicos recíprocos, a harmonia e a interdependência entre os poderes do Estado, com o que se preserva o regime das

liberdades públicas e se mantém, no plano da sociedade política, o equilíbrio institucional entre esses mesmos poderes.

As recíprocas interferências nos poderes do Estado, uns nos outros, nas hipóteses constitucionalmente autorizadas, não provocam a ruptura do sistema. Esta ocorrerá, no entanto, sempre que qualquer dos Poderes - Executivo, exemplificativamente - exercer, com expansão desordenada, atribuições que lhe não são próprias, ou, então, prejudicar, por atos que refogem à ortodoxia constitucional, o normal desempenho, pelos demais Poderes do Estado, de funções que lhes são inerentes, como a prática, em plenitude, da atividade legislativa pelo Congresso Nacional.

O sistema de garantias e de limitações ao poder estatal, que a nossa Constituição proclama, pretende evitar que o exercício indiscriminado dessa excepcional competência normativa do Presidente da República - a de editar medidas provisórias - se converta numa prática legiferante ordinária do Poder Executivo, anormalmente substantiva dos procedimentos comuns de formação das leis, instauráveis perante a instância do Congresso Nacional.

.....(omissis).....

As medidas provisórias configuram, no direito constitucional positivo brasileiro, uma categoria especial de atos normativos do Poder Executivo, que se revestem de força eficácia e valor de lei. Reflete, na concepção de sua existência, uma significativa tendência que se registra no plano do direito constitucional comparado, e no da nossa própria experiência constitucional, no sentido de outorgar - inobstante em bases

de excepcionalidade absoluta - competência normativa ao Executivo (ORIGONE, 'L'estensione della competenza legislativa del Governo nello Stato Moderno, Roma, 1935; VIESTI, 'Il Decreto-Legge, Napoli 1967; CHELI, 'L'ampliamento dei poteri normativi dell'Esecutivo nei principali ordinamenti occidentali', in Rivista Trimestrale di diritto Diritto Pubblico, 1959, processo. 463).

Como a função legislativa pertence, ordinariamente, ao Congresso Nacional, que a exerce por direito próprio, com observância da estrita tipicidade constitucional que define a natureza das atividades estatais, torna-se imperioso assinalar - e advertir - que a utilização das medidas provisórias, por constituir exceção derogatória do postulado da divisão funcional do poder, não tem caráter autônomo,, pois subordina-se, em seu processo de conversão legislativa e definitiva incorporação ao direito positivo interno, à vontade emanada do Congresso Nacional. Por isso mesmo, a doutrina italiana, ao discutir o tema do decreto-lei - cujo modelo normativo parece haver influenciado o constituinte brasileiro na positivação da medida provisória - acentua que, nesse domínio, 'appare chiaro che Governo legifera a titolo meramente vicario e sussidiario' (GIUSEPPE VESTI, 'Il Decreto-Legge', processo. 58, 1957, Napoli, Casa Editrice Jovene)."

Não obstante o posicionamento adotado pelo eminente Ministro-Relator, observa-se que a *praxis* brasileira subverteu a moldura estabelecida. Dessa forma, para o deslinde da questão proposta, que envolve interpretação conjugada de dispositivos legais instituidores da vantagem dos quintos com norma constitucional consagradora de competência legiferante extravagante (art. 62),

já não basta buscar socorro em visão idealizada do princípio da separação de poderes, descompromissada da implacável realidade de nossos dias. A solução, portanto, há de ser encontrada por intermédio dos métodos hermenêuticos postos à disposição pela dogmática jurídica, rigorosamente calcados nos marcos da ordem vigente e desvinculados de juízos valorativos preconcebidos.

6. A visão doutrinária e jurisprudencial

Nos anos que sucederam a promulgação da Carta Magna de 1988, juristas de escol, como NELSON JOBIM ("Parecer nº 1, de 1989 - CN", da Comissão Mista do Congresso Nacional, publicado no D.C.N. em 1.3.89, processo. 571), CAIO TÁCITO ("Medidas Provisórias na Constituição de 1988", RDP-90, pp. 50/56), RAUL MACHADO HORTA ("Medidas Provisórias", R. Inf. Legisl., a. 27, n. 107, jul./set. 90, pp. 5/18), CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ("Perfil Constitucional das Medidas Provisórias", RDP - 95, pp. 28/32) PAULO DE BARROS CARVALHO ("Medidas Provisórias", RDP-97, pp. 37/42), FRAN FIGUEIREDO ("As Medidas Provisórias no Sistema Jurídico-Constitucional Brasileiro", R. Inf. Legisl., a. 28, n. 110, abr./jun. 1991, pp. 152), entre outros, combateram, em diferentes graus, tanto o modelo de delegação legislativa concebido no art. 62 da Constituição Federal quanto sua implementação prática, principlamente no que se referia à abrangência excessiva das matérias enfocadas pelas medidas provisórias editadas; à possibilidade de reedição quando de rejeição expressa do Congresso e, em menor grau, quando de rejeição tácita (transcurso *in albis* do

prazo de 30 dias para conversão em lei); e a não observância contumaz, pelo Presidente da República, dos requisitos de relevância e urgência.

Sem pretender oferecer uma descrição uma descrição completa dos múltiplos aspectos que se relacionam com tema tão controvertido, urge, pelo menos, ressaltar os diversos posicionamentos sobre a questão especificamente enfocada na presente consulta.

Nesse sentido, é mister delinear as diversas posições adotadas pelos doutrinados respeitantes ao vínculo existente entre medida provisória não convertida em lei no prazo de 30 dias, cuja eficácia é perdida desde sua edição, e o direito pretérito, na hipótese de o Congresso Nacional não disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes.

CAIO TÁCITO (ob. cit., p. 54), expondo ponto de vista predominante - de que a medida provisória não derriga lei anterior com ela incompatível, suspendendo-lhe a vigência e eficácia - e buscando arrimo na linha de entendimento de MANUEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (“Medidas Provisórias com força de lei”, repertório de Jurisprudência IOB, n. 5/89), deixa evidente a complexidade da questão e confessa que a doutrina tende a apresentar uma **solução de compromisso**, algo dissociada de uma interpretação rigorosa do direito positivo, *verbis*:

“Questão de importância sobre a eficácia da medida provisória se coloca, em termos objetivos, quando à revogação de lei anterior com ela incompatível. A regra geral aplicável ao conflito de normas no tempo induz a que a eficácia imediata da medida provisória, dotada de força de lei, faz prevalecer a norma geral mais recente. Todavia, competência a eficácia desta fica pendente da confirmação pelo Congresso, sem a qual

ficam anulados, a partir de seu início, todos os seus efeitos, a doutrina tende a uma solução de compromisso: - até ser convertida em lei (o que lhe confere definitividade), a medida provisória não revoga a lei anterior, mas apenas suspende-lhe a vigência e eficácia, que se restauram se não subsiste a medida provisória, tanto pela rejeição como pela inércia do Congresso após o vencimento do prazo de apreciação. Fica, por essa exegese, superada a objeção de que a lei, quando revogada, somente é ripristinada mediante norma que a restaure. (grifou-se).

Este entendimento é abonado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem ‘a derrogação ou revogação da lei anterior por uma medida provisória seria apenas aparente. Esta suspenderia a vigência e eficácia desta lei anterior, sobrepondo-lhe a norma que edita, mas a derrogação ou revogação propriamente ditas apenas viriam da conversão em lei da medida provisória pelo Congresso (objetivo. e lo. cit.).’

HUGO DE BRITO MACHADO, de seu turno (“Efeitos de Medida Provisória Rejeitada”, RT / 700, pp. 46/47), alude à inventiva hipótese de **revogação condicional** das normas incompatíveis com o conteúdo da medida provisória, ao entender que, diante de sua rejeição tácita ou expressa, o direito anterior retorna como lei nova de eficácia retroativa ao tempo de vigência da medida provisória não apreciada ou rejeitada pelo Congresso Nacional. Convém transcrever esclarecedor trecho de seu artigo (o.b. cit., pp. 46/47), *verbis*:

*”Editada a medida provisória que entra em vigor imediatamente, as normas com ela incompatíveis ficam revogadas **condicionalmente**. A revogação opera-se sob condição resolutória, consistente na conversão da medida*

provisória em lei. Não ocorrida a condição, isto é, não aprovada a medida provisória, a revogação deixa de existir, tal, como se uma nova lei houvesse revogado a medida provisória.

A única diferença é que, não se tratando propriamente de revogação de medida provisória, mas de sua não consolidação, as normas que haviam sido por ela revogadas voltam a ter vigência. Não se pode fazer de conta que elas nunca tenham saído do ordenamento jurídico. Elas saíram. Forma revogadas. Voltam como normas novas. Reingressam no ordenamento jurídico como normas editadas na data em que perdeu vigência a medida provisória rejeitada. Aplicam-se aos fatos ocorridos durante o período de vigência da medida provisória rejeitada, porque esta perdeu a vigência desde a data de sua edição, mas não podem, estas normas reintroduzidas no sistema jurídico, alcançar a coisa julgada, o direito adquirido e ato jurídico perfeito, decorrentes da medida provisória rejeitada. A não ser assim, ter-se-á instaurado a mais completa insegurança jurídica.”

Outra corrente doutrinária, que guarda menos adeptos, tais como SAULO RAMOS (“Parecer nº SR-92 da Consultoria-Geral da República”, in D.O.U. de 23.6.89, Seção I, processo. 10180) e IVO DANTAS (“Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias”, Brasília, Ed. Consulex, 2ª ed., 1991, processo. 91 e ss.), postula que a regulação jurídica do período de vigência de medida provisória rejeitada ou não apreciada pelo Congresso Nacional é competência exclusiva e intransferível do Poder Legislativo, que poderia, em teses, ser suprida pelo mandado de injunção e pela ação de inconstitucionalidade por omissão.

Em verdade, urge reconhecer que a escassa prestabilidade desses remédios constitucionais, cuja conformação jurídica ainda hoje é motivo de dissenso doutrinário e jurisprudencial, contribui para desprestigiar tal linha de entendimento. Além do mais, o silêncio legislativo pode ser tido como forma válida de manifestação de vontade do Congresso Nacional. Em relação à formação da vontade política, no âmbito do Poder Legislativo, é descabido falar que a ausência de manifestação constitua ausência de vontade política. A inércia do Congresso Nacional, no tocante à reiterada reedição de medidas provisórias, ao contrário, deve ser interpretada como inequívoca manifestação de vontade política, o que afasta, destare, a hipótese de omissão constitucional e fortalece o entendimento de que a solução para a questão proposta deva ser encontrada dentro do ordenamento positivo vigente.

Se a figura da reedição de medida provisória não rejeitada expressa e formalmente pelo Parlamento não mereceu restrição do Supremo Tribunal Federal (cf. Medida Liminar em sede da ADIN nº 295-3/DF), a possibilidade de medida provisória posterior convalidar os atos de medida provisória anterior, cujo prazo de apreciação de 30 dias tenha transcorrido *in albis*, ou quando a reedição se dá em prazo inferior ao trintidário incisivos termos do Despacho do Ministro CELSO DE MELLO, que apreciou a concessão de medida liminar na ADIN nº 365-8/600, *verbis*:

“A convalidação, por deliberação executiva, de atos praticado com fundamento em medidas provisórias não controvertidas afronta o preceito consubstanciado no art. 62, parágrafo único, da Constituição, que prevê a sua desconstituição, integral e radical, com

eficácia ex tunc. A preservação, no tempo, dos efeitos de medidas provisórias não apreciadas pelo Congresso Nacional revela-se em manifesta colidência não só com o que expressa e literalmente dispões o texto constitucional, mas, também, com a própria mens constitucionis, que quis suprimir a possibilidade de sua subsistência no mundo jurídico.

Ao contrário do que ocorria com o decreto-lei, cuja rejeição não acarretava a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência (CF/69, art. 55, parágrafo 2º), a rejeição - e igualmente a não conversão - da medida provisória despoja-se de eficácia jurídica desde o momento de sua edição.

Esse aspecto, por si só, revela que a cláusula de convalidação, ao conferir verdadeira perpetuidade aos efeitos decorrente de medidas provisórias não convertidas, atribui à ausência de conversão legislativa desses atos cautelares, consequências jurídicas contrariantes - porque desautorizadas - com a própria disciplina constitucional do instituto. Isso tanto mais se evidencia a partir da previsão constitucional inserida no art. 62, parágrafo único no sentido de que, não convertidas em lei no prazo de 30 dias, a partir de sua publicação, deverá o Congresso Nacional 'disciplinar as relações dela decorrentes'.

A ratificação, pelo Poder Executivo, dos atos editados sob a égide de medida provisória não controvertida, por traduzir usurpação daquela competência constitucional deferida privativamente ao Congresso Nacional, revela-se írrita e nula em sua indisfarçável desvalia jurídica."

Algumas questões surgem imediatamente, decorrentes da evidente necessidade de aprofundar a análise efetuada. Em primeiro lugar, cumpre precisar o

sentido da expressão "**para de eficácia desde sua edição**", utilizada pela norma constitucional, e avaliar sua repercussão no mundo jurídico. Para tanto, torna-se inafastável diferenciar os planos da **existência, validade e eficácia** das normas jurídicas.

Sabe-se que a derrogação das normas legais, por determinação constante do § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (Lei nº 4.657/42), ocorre quando lei posterior expressamente o declare, quando com a anterior for incompatível ou quando regular inteiramente a matéria de que tratava a lei pretérita. Logo, o exame do tema deve abarcar, pelo menos, duas hipóteses concretas, associadas ao efeito derogatório explícito de norma contida em medida provisória que expressamente retire a validade de outra norma legal e ao efeito derogatório implícito, decorrente da incompatibilidade entre a nova norma prevista na medida provisória e dispositivos legais preexistentes.

7. Os planos da existência, validade e eficácia das normas legais

Em oposição à visão kelseniana, que não aceita a segregação dos atributos das normas em três planos distintos - da existência, da validade e da eficácia -, o ordenamento positivo, a doutrina e a jurisprudência de nosso País absorveram naturalmente essa sistematização, cujo conhecimento impõe-se, não por mero deleite intelectual ou acadêmico, mas como chave para solucionar graves questões jurídicas, com a que ora se enfrenta.

KELSEN, ... ao elaborar sua Teoria da Norma Jurídica, além de postular a inconsistência da noção de **existência** das leis, entendia que a **eficácia** era apenas um pressuposto de sua validade

(“Teoria Geral do Direito e do Estado”, Tradução Luis Carlos Borges, Ed. Martins Fontes, 2ª ed., 1992, processo. 36). Claro está que eficácia, para o mestre positivista, era um **conceito social**, este-rior ao Direito, vinculado à conformidade entre a conduta efetiva dos homens e as disposições contidas nas normas jurídicas.

Não é esse, contudo, o sentido buscado pelo constituinte, ao redigir o parágrafo único do art. 62 e, também, o § 4º do art. 24 de nossa Carta Magna. Aqui, como será visto, cuida-se de **eficácia jurídica**, instituto ínsito à Ciência do Direito, associado à aptidão de uma norma para produzir, ao longo do tempo de sua vigência, efeitos concretos.

Para TERCIO SAMPAIO FER-RAZ JUNIOR, **inexistência** é “conceito que se aplica à norma que não chega a entrar no sistema, pois o seu centro emanador não é aceito absolutamente como fonte do direito do sistema” (“Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação”, Atlas, 2ª ed., 1994, pp. 215/216), enquanto que **validade** deve ser tida como “uma qualidade da norma que designa sua pertinência ao ordenamento, por terem sido obedecidas as condições formais e materiais de sua produção e conseqüente introdução no sistema” (ob. cit., p. 202).

Já **eficácia**, segundo o mesmo autor (ob. cit., p. 202), é uma “qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos, proque estão presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância, espontânea ou imposta, ou para a satisfação dos objetivos visados (efetividade ou eficácia social), ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para sua aplicação (eficácia técnica)”.

Em geral, as hipótese de ineficácia - social ou técnica - dizem respeito a

normas existentes e válidas, cujos efeitos jurídicos no mundo fático são obstados pela falta de preenchimento de um requisito do mundo do ser (p.e., norma que revogue a lei da gravidade) ou de um pressuposto jurídico (p.e., norma que condicione sua eficácia à regulamentação pelo Poder Executivo).

A análise do § 4º do art. 24 da Lei Maior permite delimitar, em sede constitucional, o conceito de eficácia da norma jurídica. Esse dispositivo reza que, no âmbito da legislação concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, “a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a **eficácia** da lei estadual, no que lhe for contrário”. Fica claro que o conteúdo do comando busca afastar, na hipótese, a revogação da norma estadual, prestigando de forma peremptória o **discrímen** existente entre os planos da validade e da eficácia. Isso, porque a revogação opera, como será visto, na esfera da validade das normas, extraindo-as do ordenamento jurídico. Desse forma, eventual revogação da norma federal superveniente faz cessar a suspensão da eficácia da norma estadual, que volta, portanto, a produzir efeitos. Não há falar, *in casu*, em **reprise**ção.

Essa concepção deve ser igualmente utilizada na interpretação do comando estabelecido no parágrafo único do art. 62 da Constituição, que estabelece que a medida provisória é ato normativo, com força de lei, cuja eficácia, desde a publicação, é submetida à condição resolutiva associada a sua conversão em lei pelo Congresso Nacional, em trinta dias.

Desse modo, as disposições contidas nas medidas provisórias devem ser de tal ordem a permitir a desconstituição de seus efeitos concretos - afinal, sua eficácia, ou seja, sua aptidão para gerar

efeitos concretos, não é definitiva. Como, em geral, as normas estipulam um dever-ser, ou seja, uma conduta que deve ser cumprida, a eficácia da medida provisória há de referir-se aos atos jurídicos e às relações jurídicas decorrentes da aplicação das regras impostas.

É de concluir, portanto, que, por serem conceitos visceralmente entrelaçados - eficácia e mundo real -, não se aplica a noção de eficácia fora do mundo fático, ou seja, de forma desvinculada da realidade concreta.

A questão que se põe, de logo, diz respeito à possibilidade lógica de medida provisória, com ato legislativo de eficácia submetida a condição resolutiva, conter, em seu bojo, normas explicitamente derogantes, que, ao invés de prescreverem conduta a ser cumprida, atuam no sentido de suprimir a validade de outra norma jurídica.

De igual forma, cumpre avaliar a pertinência da inserção nesses provimentos normativos precários de normas tacitamente derogantes, as quais, a par de estabelecerem regras de conduta, retiram a validade de outras normas, pela incompatibilidade de seus conteúdos.

Para enfrentar esse desafio, que, em verdade, é a chave para o deslinde da problemática proposta, torna-se necessário abordar as peculiaridades do conceito de derrogação e fixar a natureza jurídica das normas derogantes.

8. Conceito de derrogação

A derrogação, para KELSEN, é conceito ligado à validade temporal das normas, que desempenha importante papel no âmbito de um ordenamento jurídico positivo (“Teoria Geral das Normas”, Tradução de José Florentino Duarte, Ed. Fabris, Porto Alegre, 1986, p. 133).

Como visto, a derrogação pode ser **explícita**, quando de comando legal conste expressamente a supressão da validade de outra norma. Será **implícita**, quando a supressão da validade de outra norma decorra da incompatibilidade entre as duas disposições. Nesse último caso, frente à regra estabelecida no § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, a lei posterior revoga a anterior (*lex posterior derogat priori*).

Além de agir no âmbito de validade das normas, a norma derogante explícita, ou mesmo a função derogante de norma posterior genérica (derrogação implícita), tem como característica intrínseca o **caráter instantâneo** de sua atuação em relação à norma cuja validade suprimiu. Derrogado o direito pretérito, a norma derogante esgota sua atuação, não podendo mais ser derogada. Afinal, por imperativo lógico, ou mesmo pelo enunciado do § 3º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, afasta-se a hipótese de repristinação automática.

A esse respeito, os ensinamentos de HANS KELSEN (ob. cit., processo. 135), são esclarecedores, *verbis*:

“Visto que a norma derogante não se refere a uma conduta, ela não pode, como outras normas, ser cumprida e aplicada. Por conseguinte, também não pode ser violada. Cumpriu sua função, i.e., a norma à qual se refere, perdeu sua validade, a norma derogante perde sua validade em referência à norma cuja validade suprimiu. Portanto, sua validade na relação com a norma cuja validade ela já aboliu também não pode ser abolida. Ela - relativamente à norma por ela suprimida - não é derogável. Seria ineficaz a tentativa - de uma outra norma derogante - para abolir a validade de uma norma referente e esta norma derogada por uma norma meramente derogante. Pela segunda nor-

ma derogante, a norma, cuja validade foi abolida pela primeira norma derogante, não tornaria à realidade.”

9. A impossibilidade lógica da presença de norma derogante em medida provisória

Fica claro, portanto, que, por sua atuação instantânea no plano da validade da norma anterior, qualquer norma derogatória eventualmente contida em medida provisória produziria consequência jurídica definitiva - a extirpação do ordenamento positivo da norma pretérita, ou, alternativamente, a perda de sua validade.

Dessa forma, admitida, por absurdo, a presença de norma derogante em medida provisória, a disposição contida no parágrafo único do art. 62 da Constituição, que alude à perda de eficácia *ex tunc* da medida provisória não convertida em lei pelo Congresso Nacional, perderia qualquer significação jurídica, pelo simples fato de que uma vez vigente, e tendo produzido seu efeito precípua - o de derogar outra norma -, a norma derogante torna-se imune a qualquer tentativa de derrogação ou, com mais razão, de supressão de eficácia, mesmo que operando retroativamente à data da publicação.

Há aqui evidente paradoxo lógico, vinculado à esfera temporal de validade das normas: a perda de eficácia desde a publicação da medida provisória tem como pressuposto a própria entrada em vigor da norma derogante contida na medida provisória. Mas a norma derogante, uma vez em vigor, não pode mais ser derogada, ou, de outro modo, ter sua eficácia suprimida.

É de concluir, portanto, que, de forma a afastar a incongruência lógica, as medidas provisórias não podem con-

ter normas explicitamente derogantes. Caso contrário, até que sejam convertidas em lei, devem ser tidas como não escritas, porque inconstitucionais. É a única forma de manter íntegra a moldura constitucional da medida provisória.

Mais ainda, o final do parágrafo único do art. 62 da Lei Maior deixa claro que, no caso de perda de eficácia *ex tunc* da medida provisória, deve o Congresso Nacional **disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes**. Percebe-se claramente que o legislador quis referir-se à regulamentação dos efeitos jurídicos concretos decorrentes das medidas provisórias, ou seja, a eventuais relações jurídicas estabelecidas a partir do cumprimento de normas de conduta ou de competência. Há evidentemente um componente temporal implícito, associado ao tempo de produção dos efeitos no mundo fático.

Logo, a perda de eficácia da medida provisória está ligada aos efeitos temporais reais produzidos por suas normas, e tais efeitos só podem ser gerados por normas de conduta ou de competência, jamais por normas derogantes, cuja atuação, de natureza instantânea, se dá no plano de validade das leis.

De igual modo, os efeitos da derrogação tácita, como reslutante da publicação de medidas provisórias que disponham contrariamente ao direito pretérito, não podem ser tolerados no corpo desse ato normativo anômalo. Além da incompatibilidade lógica existente entre o efeito derogatório e a natureza precária da medida provisória, no plano da eficácia, é de registrar a inaplicabilidade, *in casu*, do dispositivo contido no § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, uma vez que norma infraconstitucional não pode ter o condão de infirmar a natureza precária da medida provisó-

ria, estabelecida em sede constitucional (art. 62).

Como conclusão óbvia, tem-se que a medida provisória só pode conter normas de imposição de conduta ou fixadoras de competência, uma vez que somente estas produzem efeitos que podem ser desconstituídos com a perda de sua eficácia.

Mais ainda, pode-se inferir que a medida provisória só pode atuar, em relação ao direito pretérito, no âmbito de sua eficácia, dado que não se pode aventar - repita-se, por decorrência lógica - de efeitos derogatórios em dispositivos inseridos nesse tipo de ato legislativo.

Dessa forma, tem-se por evidente que a medida provisória, porque é provimento normativo de eficácia precária, para que possa produzir efeitos não conflitantes com disposições preexistente, deve obrigatoriamente provocar, a partir de sua edição, a **suspensão da eficácia do direito pretérito, mas nunca sua revogação**.

Essa inferência permite, de igual forma, entender cabível a restauração da eficácia do direito anterior, na hipótese de medida provisória não convertida em lei no prazo de 30 dias e da falta de regulação, pelo Congresso Nacional, dos efeitos dela decorrentes.

10. A impossibilidade de medida provisória convalidar efeitos pretéritos

Cabe, ainda, registrar que os efeitos pretéritos, decorrentes da não aprovação de medida provisória, ainda que reeditada, é atribuição, nos termos da Constituição Federal, do Congresso Nacional. A medida provisória, embora disciplinada no capítulo concernente ao processo legislativo, é ato privativo do Presidente da República. Extrapola, portanto, seu âmbito constitucional de

atuação medida provisória que pretenda regular efeitos produzidos por outra que lhe seja anterior, e que não tenha sido aprovada pelo Parlamento. Somente o Congresso Nacional pode disciplinar as relações jurídicas decorrentes de medida provisória não convertida em lei.

Norma inserta em medida provisória que tenha por objetivo regular tais efeitos pretéritos deve, portanto, na linha de entendimento do E. Supremo Tribunal federal, ser tida como formal e materialmente inconstitucional. A inconstitucionalidade material decorre de sua própria natureza, inapta para produzir efeitos retroativos. Conforme demonstrado no presente Parecer, a medida provisória deve conter, tão-somente, normas de conduta e de competência que se projetem para o futuro e que, por conseguinte, viabilizem a produção de atos e relações jurídicas cujo disciplinamento possa ser efetuado, se necessário, pelo Congresso Nacional. A existência desse tipo de dispositivo convalidador, que retroage no tempo de forma a extrapolar o âmbito temporal da regulação do Congresso nacional, restrita que é aos efeitos produzidos a partir da edição da medida provisória, implicaria o desvirtuamento do caráter precário do ato legislativo em questão.

Repise-se, no entanto, que medida provisória convertida em lei deixa, obviamente, de ser medida provisória para tornar-se lei, em sentido formal e material. Portanto, todas as considerações aqui expostas, acerca de medida provisória, são evidentemente inaplicáveis à lei que tenha surgido como resultado de sua aprovação.

11. Conclusão

A conclusão necessária a que se deve chegar será no sentido de que, enquanto não for convertida em lei alguma das medidas provisórias que sistematicamente vêm instituindo o benefício dos décimos incorporados ou até que o Congresso Nacional discipline as relações jurídicas delas decorrentes, os efeitos derogatórios incidentes sobre a redação original das Leis nº 8.112/90 e 8.911/94 e as normas convalidadoras dos atos praticados sob a égide de medida provisória anterior, contidas em suas reedições, devem ser desconsiderados porque eivados de inconstitucionalidade insanável.

Dessa forma, até que haja dita manifestação do Congresso Nacional, nada obsta a aplicação original dos citados diplomas legais (Leis nº 8.112/90 e nº 8.911/94), que previam a incorporação dos quintos, aos servidores que tenham completado o interstício legal dentro do período compreendido entre a publicação da primeira Medida Provisória nº 1.389 (*in* D.O.U. de 12.4.96), ora vigente, podendo idêntica sistemática ser aplicada no caso de novas reedições de medidas provisórias sobre a matéria em questão.

A aplicação dessas conclusões a situações semelhantes, e igualmente regidas por medida provisória, apresenta-se como perfeitamente cabível. Assim, tratando-se, por exemplo, da criação da contribuição previdenciária, que, nos termos da Medida Provisória nº 1.415, de 29 de abril de 1996, estendeu aos inativos a obrigação pela contribuição para o Plano de Seguridade Social, deve-se concluir que, em não sendo essa medida provisória expressamente aprovada pelo Congresso Nacional, será impossível que o seu tempo de vigência seja computado na contagem do prazo de noventa dias exigido pela Constituição Federal, art. 195, todos os fins. Caso contrário, aplica-se a regra inserida no parágrafo único do art. 62 da Constituição Federal, que determina a sua perda da eficácia desde sua edição.