

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

**A ATROFIA DO PODER NORMATIVO DO LEGISLATIVO EM RELAÇÃO AO  
EXECUTIVO BRASILEIRO**

FABIANO STEFANONI REDONDO

São Paulo

2012

FABIANO STEFANONI REDONDO

**A ATROFIA DO PODER NORMATIVO DO LEGISLATIVO EM RELAÇÃO AO  
EXECUTIVO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Orientador: Prof. Dr. José Carlos Francisco

São Paulo

2012

R319a Redondo, Fabiano Stefanoni

A atrofia do poder normativo do legislativo em relação ao executivo brasileiro. / Fabiano Stefanoni Redondo. – São Paulo, 2012.

124 f. ; 15 cm.

Mestrado (Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie - São Paulo, 2012.

Orientador: José Carlos Francisco.

Bibliografia : p. 121 – 124

1. Democracia 2. Repartição de Poder 3. Conflito de Poderes 4. Poder Legislativo e Executivo 5. Emenda Constitucional n.32 I. Título.

341.3

FABIANO STEFANONI REDONDO

**A ATROFIA DO PODER NORMATIVO DO LEGISLATIVO EM RELAÇÃO AO  
EXECUTIVO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Orientador: Prof. Dr. José Carlos Francisco

Aprovado em:

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. José Carlos Francisco  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Profa. Dra. Zélia Luiza Pierdona  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior  
Universidade de São Paulo

## **DEDICATÓRIA**

Dedico esse trabalho aos meus pais: Fernando Redondo Redondo e Cleide Stefanoni Redondo e aos meus irmãos Cláudia e Flávio por todo o exemplo de determinação, coragem e dedicação com o qual sempre fui agraciado, diariamente.

Exemplo que foi o meu norte durante toda a minha jornada até aqui e certamente no decorrer de todos os próximos anos.

Aos meus sobrinhos: Mariana, Júlia, Pedro, Gustavo e Eduardo para que eles possam ajudar o nosso País a crescer, sempre embasado em plena e absoluta Democracia.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço especialmente a todos aqueles que acreditaram em mim, mesmo e quando parecia improvável e impossível, mas que incondicionalmente continuaram a acreditar.

Pais, irmãos, familiares, aos grandes e poucos amigos que ao meu lado estiveram no decorrer de todos esses anos, acompanhando minha luta e sempre me apoiando.

Os meus mais sinceros agradecimentos a todos os professores, meus mestres, que em minha trajetória puderam deixar o seu legado, o seu conhecimento e a sua experiência de vida.

Aqui um especial agradecimento a minha professora primária, Dona Neide Pereira Leite Salgado, que me alfabetizou e me ensinou o gosto por aprender sempre e cada vez mais.

A esta minha primeira mestre, pessoa de um caráter irrefutável, de uma competência ímpar, a quem tomo como exemplo de retidão, dedicação e profissionalismo, o meu mais sincero agradecimento.

E, também, ao meu, até então, último professor, meu orientador o Prof. Dr. José Carlos Francisco, que sempre apoiou a ideia e o trabalho, nunca se esquecendo de forma muito humana, profissional e educada de apontar todos os equívocos e erros existentes na condução dos estudos, de forma que o trabalho fosse apresentado da melhor maneira possível, visando sempre a analisar o problema da maneira mais ampla e eficaz possível.

## RESUMO

Certo que a teoria de Montesquieu tem merecido uma reanálise adequando-a aos anseios e ao dinamismo social, para que a divisão dos poderes consiga responder com maior agilidade e presteza as expectativas da sociedade, no entanto, ressalta-se a necessidade de manter um justo equilíbrio entre os poderes, fundamental ponto, para que garanta e perpetue a democracia nacional.

Ao nos depararmos com o cenário político brasileiro, cuja democracia foi construída embasada em preceitos e receios de um passado recente totalitário, cujos efeitos se fizeram perpetuar no decorrer da assembleia constituinte e, conseqüentemente, na constituição de 1988 que trouxe no seu bojo resquícios de controle e concentração de poder primordialmente para o executivo, com ênfase no processo legislativo e, sobretudo, com a adaptação do instituto do decreto-lei, originário no direito constitucional brasileiro em 1937, retomado em 1965 e ressurgido nos moldes do decreto-legge italiano na constituição de 1988, identificamos uma atrofia do poder normativo no legislativo nacional.

Diante de tal cenário, confrontou-se a evolução histórica do país, tanto na esfera doutrinária, legal e social, evidenciando a importância do poder legislativo para a democracia e propondo, na tentativa, ao menos, de minimizar os efeitos da supremacia do executivo, vez que conforme pode ser observado no decorrer do estudo, tal tendência acaba-se por provar inevitável, meios que visem o fortalecimento do congresso nacional.

**Palavras-chaves:** Democracia. Repartição de Poder. Poder Legislativo. Poder Executivo. Conflito de Poderes. Montesquieu. Medida Provisória. Emenda Constitucional nº32.

## ABSTRACT

Certain that has received a review Montesquieu adapting it to the aspirations and social dynamism, so that the division of powers can respond with greater agility and speed expectations of the Company, however, emphasize the need to maintain a fair balance between the powers, fundamental point, to ensure that national and perpetuate democracy.

However, we are faced with the political scene, whose Democracy was built based on precepts and fears of a totalitarian recent past, whose effects were perpetuated during the Constituent Assembly and, consequently, the Constitution of 1988 which brought in its wake traces of control and concentration of power primarily to the Executive, with emphasis on the legislative process, and especially with the adaptation of the Institute of decree-Law, Constitutional Law, originating in Brazil in 1937, resumed in 1965 and resurfaced in the mold of Italian decree-law in Federal Brazilian Constitution dated 1988, identified an atrophy of the national legislative power in the legislature.

Faced with this scenario, confronted the historical development of the country, both in the doctrinal, legal and social, highlighting the importance of the Legislature for Democracy and proposing, in an attempt at least to minimize the effects of the supremacy of the Executive time as can be observed during the study, this trend is over by proving inevitable media aimed at strengthening the Congress.

**Keywords:** Montesquieu. Democracy. Distribution of Power. Legislative Power. Executive Power. The Provisional Measure. Conflict of Powers. Constitutional Amendment No. 32.



## LISTA DE GRÁFICOS

- Gráfico 1** - Número de MPs originais editadas no período de 1988 a 2010, por ano..... 68
- Gráfico 2** - Média do número de dias de tramitação de medidas provisórias no período de 1988 a 2010, por ano..... 68
- Gráfico 3** - Uso de MPs em relação ao total de iniciativas ordinárias do Executivo durante o período de 1988 a 2010, por ano ..... 69
- Gráfico 4** - Média do número de dias de tramitação de MP's e PL's urgentes (a partir da data de sua apresentação), por ano de 1988 a 2010. .... 71

## SUMÁRIO

|   |     |
|---|-----|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....   | 11  |
| <b>CAPÍTULO I -O DINAMISMO SOCIAL E AS TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO.</b><br>.....   | 133 |
| 1.1. A EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA.....  | 18  |
| <b>CAPÍTULO II -A REPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES DO PODER</b> .....   | 29  |
| <b>CAPÍTULO III - O CONFLITO ENTRE PODERES</b> .....  | 42  |
| <b>CAPÍTULO IV - SISTEMA DE GOVERNO</b> .....   | 49  |
| 4.1. PARLAMENTARISMO.....   | 52  |
| 4.2. PRESIDENCIALISMO .....   | 53  |
| 4.2.1. Presidencialismo de Coalizão .....   | 56  |
| <b>CAPITULO V - O PODER DE LEGISLAR NO BRASIL</b> –.....  | 61  |
| 5.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA. ....   | 61  |
| 5.2. ATUAL CENÁRIO BRASILEIRO (GRÁFICOS).....   | 64  |
| <b>CAPITULO VI - O PROCESSO LEGISLATIVO</b> .....   | 71  |
| <b>CAPÍTULO VII - A MEDIDA PROVISÓRIA NO BRASIL E A LEGISLAÇÃO DE<br/>URGÊNCIA NO DIREITO ESTRANGEIRO</b> .....               | 80  |
| 7.1. O DECRETO-LEGGE ITALIANO .....   | 87  |
| <b>CAPITULO VIII - A POSTURA DO PARLAMENTO BRASILEIRO NO QUE TANGE<br/>A SUA ATROFIA EM RELAÇÃO AO PODER EXECUTIVO.</b> ..... | 96  |
| <b>CAPÍTULO IX - O COMPORTAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO</b><br>.....  | 105 |
| <b>CONCLUSÃO:</b> .....   | 116 |
| <b>REFERÊNCIAS:</b> .....   | 122 |

## INTRODUÇÃO

A dissertação que aqui se pretende defender, cuja linha de pesquisa é voltada para “A Cidadania modelando o Estado”, tem como intuito identificar os pontos jurídicos e sociais que permeiam o relacionamento entre os poderes instituídos na democracia brasileira, enfocando os fatores históricos, evolução social mundial e brasileira e a necessidade de que o poder instituído seja compartilhado de forma equilibrada.

Iniciamos descrevendo o dinamismo social e os anseios por mudanças ágeis e eficazes, evidenciando que a questão da repartição de poderes não é fruto de um ponto legalista, mas de consequência de uma inevitável evolução histórica e que cumpre aparelhar o executivo, para que possa este responder de forma mais célere as crescentes e exigentes demandas sociais.

Evidenciado pela crescente necessidade de que a regulamentação normativa se realize baseada em preceitos com alto grau de tecnicidade, fazendo com que as decisões políticas sejam tomadas influenciadas diretamente por técnicos, distantes dos representantes do povo e do sistema que deveria tê-lo colocado em tal posição decisória, desvinculando-se dos preceitos que regem a Democracia.

Prosseguindo o estudo, no segundo capítulo, buscou-se demonstrar que apesar de ser inevitável reanalisarmos a repartição das funções de cada um dos poderes, necessário se faz buscar aprimoramento de mecanismos de controle, para que o desequilíbrio entre os poderes instituídos sejam minimizados, de forma a manter a base do estado democrático de direito.

Evidenciou-se o conflito hoje existente entre os poderes instituídos, principalmente no que tange ao poder legiferante, que tornou o executivo a principal fonte de iniciativa de novas legislações, utilizando-se, principalmente das medidas provisórias, no caso brasileiro, para impor sua agenda de governo.

O capítulo IV desta dissertação trata acerca dos principais sistemas de governo, de forma a se certificar, dentre os existentes, se haveria um meio pelo qual as distorções existentes nessa distribuição de poder no Brasil pudessem ficar menos evidenciadas, inclusive sob os olhos de que a própria Constituição de 1988 foi escrita, embasada por princípios parlamentaristas que acabaram conflitando com o presidencialismo instituído e reiterado no plebiscito ocorrido em 1993; ademais trouxe a discussão o que veio a se denominar presidencialismo de coalizão, surgidas por conta desta legislação, que muito explica a subordinação política do legislativo ao executivo.

Na sequência, trouxemos ao estudo a evolução histórica do poder de legislar no Brasil, onde se constata, desde a constituição de 1937, os anseios do poder executivo em legislar sem a preocupação de ser incomodado pelo legislativo, quando então se deu a criação do decreto-lei, ressurgindo-o em 1965, acatada pela constituição de 1967 e a emenda de 69 que depois readequada nos moldes do decreto-legge italiano, passando a denominar-se: medida provisória.

Inserimos gráficos demonstrando o quão abusivo tal instrumento normativo foi utilizado pelos últimos governantes, em detrimento de todas as demais possibilidades de normatização, desconsiderando-se por completo o papel primordial do legislativo - legislar.

O capítulo seguinte tratou de descrever o quão arcaico e retrógrado é o nosso processo legislativo, usado como justificativa para que o poder executivo abuse de seu poder de legislar, evidenciou-se as necessidades de que se façam reestruturações em todo o processo, de forma a tornar eficaz e célere, e assim, conseqüentemente, possibilitar que o resultado dos trabalhos e estudos do congresso nacional sejam de qualidade e se apresentem à nação, respondendo aos anseios da sociedade.

Destacamos no capítulo VII, a busca em demonstrar o instituto da medida provisória, sua evolução histórica no Brasil e como a legislação de urgência é diante de tal cenário, confrontou-se a evolução histórica do País, tanto na esfera doutrinária, legal e social, evidenciando a importância do Poder Legislativo para a Democracia e propondo, na tentativa, ao menos, de minimizar os efeitos da supremacia do Executivo, vez que conforme

pode ser observado no decorrer do estudo, tal tendência acaba-se por provar inevitável, meios que visem o fortalecimento do Congresso Nacional. Tratada em diversos países, destacando, sobretudo, a Itália que com seu “decreto-legge” nos serviu de inspiração para que a medida provisória surgisse na Constituição Federal brasileira de 1988, comparando, por fim, os dois institutos: o brasileiro e o italiano.

Procurou-se demonstrar no capítulo VIII, a postura do parlamento no que tange ao seu papel cada vez mais atrofiado e menos importante perante a Sociedade. Apesar de protestos pontuais, efetivamente o Legislativo não reage contra a edição das Medidas Provisórias por parte do Executivo, que desobedecem os critérios constitucionais para sua edição, acatando-as e aprovando-as em troca de cargos, liberação de verbas entre outros conchavos.

Por fim, no Capítulo IX buscou verificar o comportamento do Poder Judiciário nesta questão, até como uma forma de buscar solucionar, ou pelo menos minimizar, o problema; trazendo-o à discussão dos conflitos existentes, para que possa, diante de sua independência, dirimir os impasses surgidos.

Feito tal descrição optou-se por concluir o trabalho, apontando alguns pontos de maneira horizontal que cercam a problemática levantada e que pode senão resolver a questão, vez tratar-se de uma questão inevitável e histórica, mas, ao menos, conseguir minimizar tal problemática, ressaltando-se a importância de que o Poder Legislativo recupere o seu poder no processo legislativo, principalmente no que vise a impedir os excessos do Executivo ao produzir leis no Brasil, visando com isso a perpetuidade da Democracia no País.

## CAPÍTULO I - O DINAMISMO SOCIAL E AS TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO.

Passamos por um inegável processo de inovação, seja no campo tecnológico, seja no campo social, político e jurídico; no entanto, para que tais mudanças sejam efetivadas, a sociedade industrial tem a necessidade de que tais demandas sejam previamente inseridas no campo jurídico administrativo da sociedade, através das mais diversas formas de democracia parlamentar.

O âmbito de validade desses princípios, por outro lado são reduzidos. O processo de renovação do “progresso”, em uma esfera abaixo do que podemos considerar como “política” e como denominado por Ulrich Beck<sup>1</sup>, como sendo “subpolítica”, mantém-se na esfera de competência da economia, da ciência e da tecnologia, em decorrência das quais, garantias democráticas tidas por evidentes e objeto de tantos estudos e conflitos sociais acabam sendo suprimidas no decorrer dos anos.

Na continuidade dos processos de modernização, isso se torna problemático, quando a “subpolítica” tiver subtraído da “política” o papel dominante na configuração social.

No modelo da sociedade industrial, elementos constitutivos de uma tradicional sociedade industrial são incorporados, seus fundamentos fragilizados e suspensos pelos reflexos de tais modernizações.

Como o já mencionado Beck<sup>2</sup> destaca:

*O processo de modernização torna-se “reflexivo”, convertendo-se a si em tema e problema. Às questões do desenvolvimento e do emprego de tecnologias (no âmbito da natureza, da sociedade e da personalidade) sobrepõem-se questões do “manejo” político e científico-administrativo, descoberta, integração, prevenção, acobertamento– dos riscos de tecnologias efetiva ou*

---

<sup>1</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.** Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010. P. 312.

<sup>2</sup> BECK, op. cit., p. 314.

*potencialmente empregáveis, tendo em vista horizontes de relevância a serem especificamente definidos.*

E complementa o citado Autor:

*Ao mesmo tempo, surge com essa fissura um vácuo em termos de competência política institucionalizada, até mesmo em termos de representações a respeito. A fraqueza da questão sobre como as ameaças podem ser manejadas politicamente encontra-se em flagrante desajuste com as crescentes demanda por ação e política.”<sup>3</sup>*

Ocorre que o princípio axial da democracia seria a participação dos cidadãos nas instituições da democracia representativa (partidos, parlamentos etc.). A tomada de decisões e, com ela, o exercício do poder seguem as máximas da legalidade e o seguinte princípio: poder e dominação podem ser exercidos somente com o consentimento dos governados.

O fato de que a direção do desenvolvimento e o resultado da mudança técnica são tomados como expressão de inafastáveis constrações objetivas de caráter técnico-econômico. A evolução dos efeitos sociais fatalmente escapa à legitimação política, chegando mesmo a possuir, um poder de realização pura e simplesmente imune à crítica, o que pode ocasionar ao perigoso e mais inescapável questionamento: “O progresso substitui o escrutínio?”

Apenas uma parte das competências decisórias, socialmente definidoras, é inserida no sistema político e submetida aos princípios da democracia parlamentar.

Com o estabelecimento da sociedade industrial, dois processos opostos de organização da transformação social interpenetram-se, a saber: a produção da democracia político-parlamentar e a produção de uma transformação social apolítica e não democrática, sob as regras de legitimação do “progresso” e da “racionalização”. Ambos se relacionam

---

<sup>3</sup> BECK, op. cit., p. 315.

mutuamente como modernidade e antimodernidade: por um lado, as instituições do sistema político – parlamento, governo, partidos políticos – promovem, condicionados funcional e sistemicamente, o ciclo de produção composto por indústria, economia, tecnologia e ciência; por outro lado, a alteração contínua de todos os âmbitos da vida é pré-programada desse modo com as regras mais simples da democracia – informação sobre as metas da transformação social, discussão, escrutínio, consentimento.

A política de um determinado Estado pode desenvolver e assegurar, por força de uma intervenção política no mercado, uma relativa autonomia diante do sistema técnico-econômico. Inversamente, o sistema político é ameaçado ver seu corpo ainda ser provado de sua constituição democrática. Por outro lado, as decisões na economia e na ciência são carregadas com um teor efetivamente político, para o qual seus atores correspondentes não dispõem de qualquer legitimação. As decisões que transformam a sociedade não dispõem de qualquer lugar onde possam emergir, tornando-se mudas e anônimas.

O debate científico e público sobre os potenciais de influência da política sobre a transformação técnico-econômica é atravessado por uma ambivalência peculiar; ao mesmo tempo que, remete de maneiras diversas às limitadas capacidades de direcionamento e intervenção do Estado em relação aos atores da modernização na indústria e na pesquisa. Por outro lado, apesar de toda a crítica às limitações da margem de ação política, sejam sistêmica e absolutamente necessárias, ou seja, limitações evitáveis, continuará existindo a fixação sobre o sistema político como centro exclusivo da política.

A consequente perda de função do parlamento que tal evolução técnico-científica é ademais frequentemente interpretada como consequência inescapável da complexidade e dinamismos das relações nas modernas sociedades industriais. Observadores críticos falam, quando muito, de uma autonomização progressiva, decerto já contida no princípio da representação, do aparato de poder estatal em relação à vontade dos cidadãos.

Com a crescente científicização das decisões políticas, as instâncias político-administrativas acabam por executarem apenas o que é recomendado por laudos científicos.



O fato como mencionado anteriormente ocasiona, por inevitável consequência, o surgimento espontâneo de influências de terceiros, como as associações, que por sua vez controlam aparatos funcionais burocraticamente organizados, estendendo-se tanto às decisões do executivo estatal como também à formação da vontade dos partidos políticos.

Dependendo de onde ocorre, esse processo é, por um lado, lamentado, vez que entende-se como infiltração no Estado de grupos de interesses privados com um caráter semipúblico, ou, ao contrário, celebrado como um corretivo da autonomização e cristalização prévia do aparato de dominação estatal.

O sucesso da política levou à sua própria perda do poder de intervenção estatal e a conseqüente retirada do local de destaque que conquistou. Pode-se mesmo dizer: quanto mais exitosamente direitos políticos foram conquistados, estabelecidos e avivados ao longo dos séculos, tanto mais energicamente foi questionado o primado do sistema político e tanto mais fictícia se tornou ao mesmo tempo a concentração decisória pretendida pela cúpula do sistema político-parlamentar.

As regras da democracia restringem-se à escolha dos representantes políticos e à participação na elaboração de programas políticos. Uma vez assumidos o posto e as honras, o dito “representante do povo” não apenas desenvolve qualidades ditatoriais de comando, impondo suas decisões autoritariamente de cima para baixo, como também as instâncias, grupos de interesses e de cidadãos afetados pelas decisões esquecem seus direitos e convertem-se em “súditos democráticos”, que aceitam sem questionamento a pretensão de dominação do Estado.

Sempre que direitos são garantidos, que ônus sociais são redistribuídos, que a participação é viabilizada, que cidadãos se tornam ativos, a política avança um pouco mais na dissolução de suas fronteiras e em sua generalização; paralelamente, à ideia de centralização do poder decisório hierárquico na cúpula do sistema político converte-se na lembrança de um passado pré, semi ou formalmente democrático.

A “política” precisa compreender a autolimitação que foi historicamente consumada. A “política” não é mais a única e nem mesmo a mais importante instância em que se decide sobre a configuração do futuro social.

## 1.1 - A EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA

Considerando que o dinamismo social hoje anseia por respostas mais célere por parte do poder instituído, necessário se faz observar então toda a evolução histórica do princípio que norteou a repartição das funções dos poderes.

Iniciemos por John Locke, que em seu Segundo Tratado sobre o Governo, sustenta que o Estado de sociedade e, conseqüentemente, o poder político, nasce de um pacto entre os homens.

Segundo ele, antes desse acordo os homens viveriam em estado natural. Vivendo em perfeita liberdade e igualdade no estado natural, o qual teria abandonado o estado natural e criado a sociedade política, através de um trato, não entre governantes e governados, mas entre homens igualmente livres. O objeto do pacto seria a preservação da vida, da liberdade e da propriedade, bem como a repressão às violações desses direitos naturais. De fato, no estado de natureza faltam muitas condições para tanto.<sup>4</sup>

As ideias de Locke defendem a supremacia do Poder Legislativo, sendo o poder dos governantes outorgado pelos participantes do pacto social, portanto, revogável.

---

<sup>4</sup> Primeiro, falta uma lei estabelecida, firmada, conhecida e aceita pelo consentimento comum, que defina o que é justo e injusto e a medida comum para resolver as controvérsias entre os homens; em segundo lugar, falta um juiz equânime e indiferente com autoridade reconhecida para ajuizar sobre as controvérsias de acordo com a lei estabelecida; sabemos que, nesse estado, todo homem é juiz e executor da lei, e sendo os homens obviamente parciais, a paixão e a vingança podem levá-los a excessos nos caos em que estejam envolvidos, enquanto a negligência os torna por demais descuidados nos negócios dos outros. Em terceiro lugar, falta quase sempre o poder que sustente a justa sentença, garantindo-lhe a devida execução. Por isso, os homens, apesar dos privilégios do estado de natureza, nele permanecendo em condições precárias, são rapidamente induzidos a se associar (LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 92-3, cp. IX).

A liberdade do indivíduo na Sociedade, não deve estar subordinada a qualquer poder legislativo que não aquele estabelecido pelo consentimento na comunidade, nem sob o domínio de qualquer vontade ou restrição de qualquer lei, a não ser aquele promulgado por tal legislativo conforme o crédito que lhe foi confiado.

Embora o legislativo, na visão de Locke, fosse o poder supremo, essa condição não lhe permitia abusos, principalmente em relação à propriedade:

*[...] quem detém o poder não pode tirar de qualquer homem sua propriedade ou parte dela sem o seu consentimento; [...] cabe aos homens tal direito aos bens que lhes pertencem, que ninguém tem o direito de lhes tirar; em todo ou em parte, sem o seu consentimento; sem isso, não haveria nenhuma propriedade verdadeira, uma vez que outros tivessem o direito de tirá-la quando lhe aprouvesse, sem consentimento. “Por isso, é errôneo supor que o poder legislativo ou supremo de uma comunidade possa fazer o que bem entenda e dispor arbitrariamente das propriedades dos cidadãos, ou tirar-lhes qualquer parte delas à vontade.”<sup>5</sup>*

Caberia ainda ao povo, na análise de Locke,

*[...] o poder supremo para afastar ou modificar o legislativo, se constatar que age contra a intenção do encargo que lhe confiaram. [...] a comunidade sempre conserva o poder supremo de se salvar contra os maus propósitos e atentados de quem quer que seja, até dos legisladores, quando se mostrarem levianos ou maldosos para tramar contra a liberdade e propriedades dos cidadãos.<sup>6</sup>*

Quando a Sociedade depositou o Poder Legislativo numa assembleia de homens, para que continue neles e em seus sucessores, com legislação e autoridade para indicar tais sucessores, o legislativo não pode retornar ao povo enquanto durar o governo,

---

<sup>5</sup> Ibidem., op. cit., p. 109.

<sup>6</sup> LOCKE, op. cit., p. 109.

porque criado um legislativo com poder de perpetuidade, o povo entregou o poder político ao legislativo, não podendo reassumi-lo. Contudo, se estabeleceu limites à duração do Legislativo e tal poder supremo em qualquer pessoa ou assembleia for temporário, ou então se vier a ser perdido pelas faltas dos investidos da autoridade, volta à sociedade por ocasião da perda ou findo o prazo combinado, ficando o povo com direito de agir como supremo, conservar o legislativo em si mesmo, criar nova forma, ou, na forma anterior, colocá-lo em novas mãos, conforme achar mais conveniente.<sup>7</sup>

Por fim, Locke questiona quem julgaria se o Príncipe ou o Legislativo agirem contrariamente ao encargo recebido:

*[...] A isto respondo: O povo será o juiz; porque quem poderá julgar se o depositário da confiança ou o deputado age bem e consoante ao encargo a ele confiado senão aquele que o elege, e a quem cabe, por isso mesmo, o poder para afastá-lo quando não agir dentro do combinado?*<sup>8</sup>

Montesquieu, por sua vez, desejou mostrar o caminho a ser traçado, de forma que a distribuição de funções estatais e certa colaboração de órgãos, viesse a garantir a liberdade à Inglaterra. Entendendo que deveria existir uma ação contínua dos poderes um sobre o outro, uma verdadeira colaboração esclareceu que o Executivo deveria participar na legislação, sendo que o Legislativo exerceria um controle contínuo sobre o executivo, e que aquele sistema repousa em colaboração constante e íntima dos poderes.

O cerne da teoria de Montesquieu não pode ser o da separação absoluta de poderes, a ponto que se diga, que o Poder Executivo não possa legislar e nem que o Poder Legislativo não possa julgar ou o judiciário não possa administrar. Como ocorre atualmente e pela ordem, no caso da medida provisória, com o Executivo; no caso das Comissões Parlamentares de Inquérito, com o Legislativo e das atividades das administrações judiciárias peculiares ao trato do funcionamento dos Tribunais, de seus fluxos e dos pessoais, com o Judiciário.

---

<sup>7</sup> Ibidem., p. 163.

<sup>8</sup> Ibidem., p. 162.

José Carlos Francisco<sup>9</sup> destaca que:

*A separação de poderes não significa divisão da soberania, mas limitação das atribuições conferida aos entes públicos criados pelo Constituinte Originário (esse sim soberano, uno e indivisível), cujo titular é o povo ou a nação. Os entes governamentais (dotados de autonomia e não de soberania) são criados para execução de tarefas públicas que devem ser limitadas e controladas pelo sistema de freios e contrapesos.*

Assim, o núcleo da teoria de Montesquieu é uma preocupação em distribuir as funções do Poder, em prol da Liberdade, como decorre do célebre capítulo VI, de seu Livro Décimo Primeiro, conforme transcrito abaixo:

*Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”<sup>10</sup>.*

No entanto, cabe a ressalva do Prof. José Levi Mello do Amaral Júnior que destaca:<sup>11</sup>

*O arranjo de poderes constante do Capítulo VI do Livro XI de **O Espírito das leis** deve ser compreendido no seu respectivo contexto histórico. Isso porque ele cumpriu um propósito específico: prevenir o absolutismo, que fora derrotado nas revoluções liberais.*

<sup>9</sup> FRANCISCO, José Carlos. **Função regulamentar e regulamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 79

<sup>10</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 169-70.

<sup>11</sup> AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de o espírito das leis. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.686, p. 53-68, 2008. p. 65.

É preciso limitar o estado: mas é preciso verificar que nem ele, nem a sociedade, hoje, correspondem às coordenadas oferecidas pelos séculos XVIII e XIX; por isso, igualmente, é necessária a atuação do estado para quebrar o domínio dos grupos e corporações.

Evidente que o princípio rígido e dogmaticamente interpretado da separação dos poderes não funciona, é preciso lembrar que ele, enquanto ideia racionalizadora do aparato estatal ou enquanto técnica de organização do poder para a garantia das liberdades, não poder ser esquecido, nem se encontra superado.

Montesquieu, na verdade, para sua época, criou um sistema de equilíbrio do poder (que não corresponde necessariamente a um sistema de equilíbrio entre os poderes), oferecendo as bases para a constituição de um governo misto, moderado pela ação das forças sociais que dinamizam o tecido societário.

E, complementa o Prof. José Levi Mello do Amaral Junior<sup>12</sup>:

*Importa compreender Montesquieu para conservá-lo em seu devido lugar histórico e, então, projetar e recuperar o passo seguinte que conheceu o arranjo institucional inglês: o parlamentarismo. Nele, o absolutismo também é prevenido, mas sem que um governo forte e responsável seja inviabilizado (o que se alcança pela separação entre Chefia de Estado e Chefia de Governo, bem como colocando a Chefia de Governo na dependência da maioria parlamentar do dia).*

A nossa missão, hoje, é a de adaptar a ideia de Montesquieu à realidade constitucional de nosso tempo. Nesse sentido, cumpre aparelhar o Executivo, sim, para que ele possa, afinal, responder às crescentes e exigentes demandas sociais. Mas, cumpre, por outro lado, aprimorar os mecanismos de controle de sua ação, para o fim de torná-los (os tais mecanismos) mais seguros e eficazes, sem jamais deixar de considerar todo o processo legislativo e sua importância, de forma que a decisão final esteja amparada em um debate onde os representantes de toda a sociedade e seus núcleos participem.

---

<sup>12</sup> AMARAL JUNIOR, op. cit., p. 67.

Não podemos deixar também de se fazer considerar o entendimento de Rousseau em seu “Contrato Social” que manifesta contundentemente de forma a ressaltar que todos nascem livres e iguais e, para que todos continuem assim, é necessário que ninguém esteja sujeito a outro, mas que todos estejam subordinados, apenas e tão-somente a todos.

Rousseau não admitia outro modo de expressão da vontade que não fosse da deliberação de todos os cidadãos e não aceitava de modo algum a ideia de que a vontade pudesse ser representada, como podemos observar nessas passagens de sua obra<sup>13</sup>:

*“O poder se pode transmitir, não à vontade. O soberano pode bem dizer: eu quero agora o que quer este homem, contudo não pode dizer: o que este homem quererá amanhã, eu o quererei ainda.”*<sup>14</sup>

*Se houvesse um povo de deuses, esse povo se governaria democraticamente. Um governo tão perfeito não convém a seres humanos.*<sup>15</sup>

*A soberania não pode ser representada pela mesma razão que não pode ser alienada; consiste ela essencialmente na vontade geral e a vontade não se representa: ou é ela mesma ou algo diferente; não há meio termo. Os deputados do povo não são nem podem ser seus representantes, eles não são senão comissários; nada podem concluir em definitivo. Toda lei que o povo não haja pessoalmente ratificado é nula; não é lei. O povo inglês cuida que é livre, mas se engana bastante, pois unicamente o é quando elege os membros do Parlamento: tanto que os elege, é escravo, não é nada.”*

Rousseau compreendia a impossibilidade de reunir todos os cidadãos para deliberação; diante disso, ele advertia que esse sistema democrático ideal somente conviria aos estados pequenos, portanto, um pressuposto para o funcionamento desse modelo era que o estado se fracionasse, formando estados menores, com pequena população e território.

---

<sup>13</sup> ROUSSEAU, Jean- Jacques. O **contrato social**. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2005. Livro III, Capítulo XV. p. 91-2.

<sup>14</sup> ROUSSEAU, op. cit., p. 39.

<sup>15</sup> Ibidem., p. 72.

Também devemos considerar o entendimento sobre separação de poderes de Thomas Hobbes<sup>16</sup>, que menciona que os homens, no início viviam em estado natural, entregues à própria sorte e, portanto, em permanente estado de beligerância. Os homens, para ele, encontram três causas para a discórdia: a competição, a desconfiança e a glória. A competição conduz o homem a atacar outro homem pelo lucro; da desconfiança decorre a segurança; e da glória surge a reputação; isto porque o homem é por natureza egoísta e busca apenas o seu bem-estar pessoal.

A vida de cada membro do grupo, segundo ele, era permanentemente ameaçada por esse estado de guerra. A superação de tal condição ocorre no momento em que os homens, colimando garantir a própria vida, renunciam em favor do soberano o exercício do estado de natureza. Para Hobbes,<sup>17</sup>

*[...] é nesse soberano que consiste a essência do Estado, a qual é definida como uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.*

O poder soberano é adquirido, ou pela força natural, física, de submeter os outros a sua autoridade, ou mediante acordo entre os súditos para se submeterem a uma assembleia, ou a um homem, de maneira voluntária, no desejo de serem protegidos contra os outros.<sup>18</sup>

Não se pode aqui deixar de comentar a institucionalização um quarto poder, acrescido aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, neutro, denominando poder

<sup>16</sup> HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. Tradução Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009.

<sup>17</sup> HOBBS, op. cit., p. 109.

<sup>18</sup> O modelo hobbesiano, para Norberto Bobbio, é construído com suporte de dois elementos fundamentais: “o **estado** (ou sociedade) **de natureza** e o **estado** (ou sociedade) **civil**”. Entre os dois estados há uma relação dialética: o estado natural é o estado não-político; e o estado político é o estado não-natural. O estado político surge como antítese ao estado de natureza, do qual tem a função de eliminar os defeitos; e o estado natural ressurgue como antítese do estado político, quando este deixa de cumprir a finalidade para a qual foi instituído. Cf. BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade para uma teoria geral da política**. 15. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.



moderador, cuja principal função seria a dirimir os conflitos políticos ou as crises institucionais em que possam enredar-se os outros departamentos.

A autoridade de tal poder seria o rei, titular do poder moderador. Brasil e Portugal teriam sido os únicos países onde se adotou a experiência do poder moderador; de fato, a primeira Constituição brasileira, outorgada por Dom Pedro I, no artigo 98, descrevia o poder moderador, que teria a função de:

*[...] quando os poderes públicos se dividem e estão prestes a prejudicar-se, faz-se mister uma autoridade neutra, que faça com eles o que o poder judiciário faz com os indivíduos.*<sup>19</sup>

O Poder Legislativo ou representativo residiria nas assembleias representativas, com a sanção do rei e sua função consiste em elaborar as leis. O Poder Executivo ficaria com os ministros, tendo por objeto prover a execução geral das leis. O Poder Judiciário pertenceria aos Tribunais, cuja missão se consubstancia em aplicar a lei aos casos particulares. Enfim o Poder Real (verdadeiro Poder Moderador) assentaria no Rei que, posto entre os três poderes, exerceria uma autoridade neutra e intermediária.

Há que notar que a relativa estabilidade política do Império brasileiro, sobretudo, durante o Reinado de Dom Pedro II, é creditada ao Poder Moderador, cujo titular soube usá-lo.

Considerando os ensinamentos de José Carlos Francisco:

*[...] a separação é um modelo de organização e distribuição das funções estatais que se contextualiza tanto com a forma quanto com o sistema de governo e procura gerar um regime democrático de gestão pública.*<sup>20</sup>

E que adiciona:

---

<sup>19</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 17. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2010. p. 155.

<sup>20</sup> FRANCISCO, op. cit., p. 67.

*[...] a própria separação de poderes é um estágio na evolução das formas e dos sistemas de organização do poder e de governo, pois não ajuda a ver os institutos na real dimensão da perspectiva histórica, em processo de mudanças. Por esse motivo, a própria separação de poderes pode ser modificada em sua dinâmica, relacionando-se em causa e efeito com as necessidades do processo social.*<sup>21</sup>

José Joaquim Gomes Canotilho também sustenta que o padrão básico

*[...] subjacente às articulações organizatórias dos estados constitucionais democráticos é o padrão da divisão e separação de poderes.*<sup>22</sup>

Como ele próprio explica:

*Tal como Locke, a doutrina da divisão dos poderes de Montesquieu distingue a nível funcional, vários poderes, mas opta por uma divisão tripartida: legislativo, executivo e judicial. O nível institucional distingue entre Parlamento, Governo e Tribunais. No plano sócio-estrutural, Montesquieu refere a Coroa, o clero e nobreza e o povo. As principais diferenças em relação ao modelo de John Locke residem no seguinte:(1)autonomização do poder judiciário;(2)inclusão dos poderes federativo e prerrogativo no âmbito do executivo.*<sup>23</sup>

Aponta ainda o Prof. Canotilho que a separação e a interdependência dos órgãos de soberania destinam-se a garantir a liberdade e por consequência a eficácia e efetividade da Constituição, estabelecendo esquemas de controle de atividade e responsabilidade para os ramos em que as funções operacionais dividem o Poder.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> FRANCISCO, op. cit., p. 67.

<sup>22</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 579.

<sup>23</sup> Ibidem., p. 581.

<sup>24</sup> Ibidem., p. 889.

Nas ideias de legitimação, de limite e de responsabilidade repousa, por conseguinte, a razão do princípio da separação do poder.

Como já denotava Montesquieu:

*A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo grupo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz poder ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.*<sup>25</sup>

Se este é ponto crucial para a separação dos poderes sob o ponto de vista ético, sob o ponto de vista jurídico e político, ela se justifica como forma ideal de compreensão da funcionalidade do aparelho estatal.

O critério de razoabilidade e proporcionalidade de sua conformação encontra ponto de equilíbrio na articulação entre os poderes para operacionalização do governo do Estado, em busca da governabilidade.

A separação de poderes corresponde a uma divisão de tarefas estatais entre distintos órgãos, e aí sim, autônomos órgãos assim denominados de poderes.

---

<sup>25</sup> MONTESQUIEU, op. cit., p. 169.

A esquematização de funções de poder é uma questão mecânica que se constitucionaliza, podendo mesmo ser institucionalizada por ensejos mesmo sociais e tem assim conotação de meio e não aceção de fim, para fazer que o Poder que é do povo, resulte em favor e benefício do povo.

A distinção entre a noção de funções e a de poderes, perfeitamente viável, não deve, porém, levar a tomar uma como algo natural e outra como algo técnico, como explica o Prof. Nelson Saldanha<sup>26</sup> e complementa dizendo:

*Ambas são técnicas, enquanto partes da linguagem constitucional e enquanto instrumentos teórico-práticos de realização de princípios constitucionais.*

E para contribuir como tal pensamento, transcreve aqui o entendimento de André Ramos Tavares:

*A doutrina da separação dos poderes serve atualmente como uma técnica de arranjo da estrutura do Estado, implicando a distribuição por diversos órgãos de forma não exclusiva, permitindo o controle recíproco, tendo em vista a manutenção das garantias individuais consagradas no decorrer do desenvolvimento humano.*<sup>27</sup>

Fica assim evidenciado que à luz da melhor doutrina, a divisão de Poder entre Legislativo, Executivo e Judiciário, não pode ser questão dogmática, assim sendo, impossível de ser tratada com parâmetros de radicalismo e de rigor técnico.

O fulcro da questão está posto na busca de um sistema de distribuição e controle do exercício do poder político, para garantia da liberdade e da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais.

Outras modalidades de distribuição de poder – haja vista que a teoria de Montesquieu existe porque e para que se tenha liberdade – são possíveis (embora possam não

---

<sup>26</sup> SALDANHA, Nelson. **O estado moderno e a separação dos poderes**. 2. ed. São Paulo: Quatier Latin, 2010. p. 139.

<sup>27</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1027.

ser absolutamente ideais), de serem conformadas sob suas luzes e que não seja uma rigorosa distribuição dentre Legislativo, Executivo e Judiciário.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>28</sup> ao focar a tripartição do poder, menciona a obra “Political Power and the Governmental Process” de Karl Loewenstein, a distinção feita pelo autor em três funções: “*policy determination*”, “*policy execution*” e “*policy control*”.

Depois de tantos nomes reconhecidamente de grande importância e da evolução dos pensamentos de cada um podemos concluir que, de fato, se tornará um ditador aquele que detiver em suas mãos todas as vertentes do poder; assim, considerando o mencionado e inevitável dinamismo social é crucial estudarmos eventuais possibilidades que visem evitar ou ao menos minimizar a concentração de poder.

---

<sup>28</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.p. 100.

## CAPÍTULO II - A REPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES DO PODER

Pudemos verificar que o que se anseia aqui é descobrir medidas que visem a minimizar a concentração de poder, possibilitando que a sociedade se dinamize e que a solução dos conflitos decorrentes do convívio social seja estabelecida de forma pragmática.

Ao nos depararmos com tais ações, para que vinculem os indivíduos de uma Sociedade, estas devem ser impostas por um ente dotado de poder; assim sendo, verifica-se que o Poder é elemento essencial em qualquer organização social, elemento este capaz de fazer prevalecer determinadas vontades em prol do bem comum.

O termo “Poder” pode ser definido como a capacidade de imposição de condutas aos indivíduos. Acepção semelhante é a fornecida por José Afonso da Silva<sup>29</sup>, para quem o poder é fenômeno sociocultural que pode ser definido como: “energia capaz de coordenar e impor decisões visando a realização de determinados fins”.

Tal imposição só é possível por meio da organização social que se dá pelo Direito.

De acordo com Dalmo de Abreu Dallari<sup>30</sup>, primeiramente concedia-se o Poder àqueles considerados fisicamente mais aptos para defender o grupo. Posteriormente, passou a concedê-lo aos indivíduos dotados de maior capacidade econômica.

Ainda segundo o mencionado Autor, nas sociedades primitivas, a outorga de Poder estava sempre ligada à vontade de uma divindade, o que ocorreu até o século XVIII, com a afirmação do poder divino dos reis. A ideia do poder inerente ao povo surge a partir da Idade Média e toma força com o passar do tempo, evoluindo ao juízo atual de que o poder, para que seja considerado legítimo, deve ser consentido pelo povo que a ele se submete.

---

<sup>29</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 11 ed. Revista. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 108.

<sup>30</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 42-3.

Na acepção jurídica, Poder é algo exercido de acordo com as regras jurídicas vigentes, em busca da realização do bem comum; na acepção política, Poder significa a força exercida pelo estado, impondo obediência à coletividade.

O certo é que o estado não existe sem o Poder, que é a energia vital à criação de normas jurídicas e a submissão de todos a tais normas, com vistas a preservar o bem comum e a boa convivência social, para que atinja essa finalidade o poder deve estar bem estruturado.

O poder político pode ser visto sob duas perspectivas: uma interna e outra externa. Internamente, o Poder Estatal é superior a qualquer outro existente no estado, pois as normas jurídicas dele resultantes prevalecerão sobre quaisquer outras regras de natureza social. Externamente, o Poder é soberano, devendo ser acatado e reconhecido por outros estados. Isso implica em reconhecer que os Estados são independentes e se situam em patamar de igualdade, não havendo entre eles relação de subordinação; por isso mesmo é que se diz que o poder é superior e soberano.

Nessa linha, são as lições de José Afonso da Silva<sup>31</sup>:

*O Estado, como grupo social máximo e total, tem também o seu poder político ou poder estatal. (...) o poder político tem que coordenar e impor regras e limites em função dos fins globais que ao Estado cumpre realizar. Daí se vê que o poder político é superior a todos os outros poderes sociais, os quais reconhece, rege e domina, visando ordenar as relações entre esses grupos e os indivíduos entre si reciprocamente (...). essa superioridade do poder político caracteriza a soberania do Estado (...) implica, a um tempo, independência em confronto com todos os poderes exteriores à sociedade estatal (soberania externa) e supremacia sobre todos os poderes sociais interiores á mesma estatal (soberania interna).*

---

<sup>31</sup> SILVA, op. cit., p. 108.

Não se deve olvidar do importante fato de que o poder conta com o emprego da força por parte do estado, a fim de que sua prevalência seja garantida. A força é o instrumento que obriga o cumprimento incondicional das normas jurídicas e deve ser utilizada para que os fins estatais sejam atingidos; além disso, prevalece a doutrina de que o Poder é uno e indivisível. Uno porque no interior do ente estatal deve existir uma fonte singular que irradia comandos cogentes, sob pena de abalo da estrutura estatal, já que a existência de mais de uma fonte disciplinando a vida de uma mesma sociedade resultaria em descontrole e falta de segurança jurídica. Indivisível porque, sendo ele uno, não pode fracionar-se e distribuir-se nas mãos de vários, pois se isso vier a ocorrer haverá o risco de dissolução do poder estatal.

No poder estatal, mesmo sendo uno e indivisível, persiste a necessidade de que ele precise ser distribuído, tendo em vista a complexidade das organizações dos Estados modernos e os malefícios advindos da concentração excessiva de poder em uma única pessoa ou órgão.

Em suas reflexões, como já dito e aqui reiterado, Locke<sup>32</sup> enxerga o Poder Legislativo como aquele Poder Supremo, escolhido e nomeado pelo povo, sendo ele o resultado da fusão dos poderes de cada membro da sociedade delegado ao legislador, que está sujeito á limitações de tal delegação. Nas palavras do filósofo:

*[...] é um erro acreditar que o poder supremo ou o legislativo de qualquer comunidade social possa fazer o que ele desejar, e dispor arbitrariamente dos bens dos súditos ou tomar qualquer parte delas como bem entender. Isso não deve ser muito temido em governos em que o legislativo consiste inteiramente, ou em parte, de assembleias de composição variável, e cujos membros, quando elas são dissolvidas, retornam à condição de súditos e estão sujeitos, da mesma forma que o restante das pessoas, às leis comuns do seu país. Mas em governos que o legislativo reside em uma assembleia permanente ou em um único homem, como nas*

---

<sup>32</sup> SILVA, op. cit., p. 160 e 163.



*monarquias, pode-se sempre recear que eles creiam ter um interesse distinto do resto da comunidade [...]*<sup>33</sup>

E complementa:

*[...] e como pode ser muito grande para fragilidade humana a tentação de ascender ao poder, não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis, que fizeram, e adequar a lei a sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, e ela teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo. Por isso, nas comunidades civis bem organizadas, onde se atribui ao bem comum a importância que ele merece, confia-se o poder legislativo a várias pessoas.*<sup>34</sup>

Montesquieu, através dessa concepção sistematizada influenciou o ideário liberal superveniente e serviu de base para a Revolução Francesa. Desde então, a teoria da divisão do poder se tornou um verdadeiro dogma, o que fez com que seus princípios fossem abarcados pelos diversos textos constitucionais aprovados em seguida.

A Constituição do estado norte-americano da Virgínia foi a primeira a adotar a divisão do poder em seu texto, o que ocorreu em 1776. Um ano mais tarde, a Constituição Federal dos Estados Unidos da América seguiu o mesmo caminho. Como se vê, foi importante a contribuição norte-americana no que tange à consolidação da doutrina da tripartição do poder, já que foi nos Estados Unidos da América que se deu, pela primeira vez, a positivação do referido princípio.

Em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão estabeleceu, em seu art. 16, que “toda sociedade, onde a garantia dos direitos não esteja assegurada nem a separação de poderes determinada, não possui Constituição”. No mesmo ano, a França aprovou sua Constituição que também continha a doutrina da divisão do poder.

---

<sup>33</sup> SILVA, op. cit., p.167

<sup>34</sup> Ibidem., p. 170

A partir de então, a tripartição do poder foi sendo incorporada paulatinamente pelos diversos textos constitucionais do mundo, marcando a origem dos estados de direito.

Se o Estado é capaz de gerar normas jurídicas, ele também deve estar apto a aplicar essas normas, o que é realizado pelo desempenho da função executiva.

Para garantir o cumprimento das normas, entra em campo a função jurisdicional do estado, que atua no caso de conflitos de interesses havidos entre os cidadãos ou entre eles e o Estado.

A partir daí, depreende-se que existe uma divisão nas funções exercidas pelo Estado, segundo Paulo Bonavides:

*“Ao Poder Legislativo compete elaborar as leis, corrigir ou abrogar as que se fizeram. O poder executivo tem na sua esfera de competência a política externa e a promoção da segurança. O poder judiciário incumbe-se de punir os crimes e julgar as pendências entre particulares. (...) Os poderes, assim discriminados são a garantia da liberdade política”.*<sup>35</sup>

O Poder Estatal, mesmo sendo indivisível, pode ter seu exercício fracionado sem que isso implique na sua dissolução, deste modo, poderá haver a divisão das funções estatais; todavia, a mera divisão das funções não evita, por si só, a concentração do poder em mãos únicas, de forma que é imprescindível haver a distribuição dessas funções a órgãos distintos e independentes.

A Teoria da Separação do Poder está centrada na repartição das funções inerentes ao estado e sua distribuição a entes diversos, o que tem sido denominado de divisão orgânica das funções estatais, conforme observa José Afonso da Silva:

---

<sup>35</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. São Paulo: Saraiva, 1967. p. 122.

*A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; (...) b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do poder.<sup>36</sup>*

Destaca-se que a autonomia financeira é fator primordial para independência, de forma que aquele que detém o controle financeiro do estado, o poder executivo, não subordine os demais; outro item fundamental à garantia da independência entre os poderes é a proibição de que uma pessoa ocupe ao mesmo tempo cargo em mais de um poder.

Preciso é atentarmos para o fato de que a independência entre os poderes não pode ser irrestrita, já que, conforme determina o sistema de freios e contrapesos, as interferências de um poder nos outros são necessárias, a fim de que abusos sejam evitados e de que se conserve o equilíbrio do sistema; por isso mesmo é que existe a cooperação do Poder Executivo no processo legislativo, por meio do veto e do poder de iniciativa; da mesma forma, o Poder Judiciário pode declarar inconstitucionais normas oriundas do processo legislativo, outra forma de interferência de um Poder em outro é o fato do Legislativo funcionar como órgão investigador e até mesmo julgador, em determinadas circunstâncias.

No caso do Brasil, são vários os mecanismos de interferências dispostos na Constituição.

Alguns deles foram muito bem levantados por José Afonso da Silva:<sup>37</sup>

*[...] relação se ao Legislativo cabe a edição de normas gerais e impessoais, estabelece-se um processo para sua formação em que o Executivo tem participação importante, quer pela iniciativa das*

---

<sup>36</sup> SILVA, op., cit., p. 110.

<sup>37</sup> SILVA, op. cit., p. 111-12.

*leis, quer pela sanção e pelo veto. Mas a iniciativa legislativa do Executivo é contrabalançada pela possibilidade que o Congresso Nacional tem de modificar-lhe o projeto por via de emendas e até de rejeitá-lo. Por outro lado, o Presidente da República tem o poder de veto, que pode exercer em relação a projetos de iniciativa dos congressistas como em às emendas aprovadas a projetos de sua iniciativa. Em compensação, o Congresso, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderá rejeitar o veto, e, pelo Presidente do Senado, promulgar a lei, se o Presidente da República não o fizer no prazo previsto. (art.66)*

*Se o Presidente da República não pode interferir nos trabalhos legislativos, para obter aprovação rápida de seus projetos, é-lhe, porém facultado marcar prazo para sua apreciação, nos termos dos parágrafos do art. 64.*

*O Presidente da República não interfere na função jurisdicional, em compensação os ministros dos tribunais superiores são por ele nomeados, sob controle do Senado Federal, a quem aprovar o nome escolhido (art. 52, III,a).*

*São esses alguns exemplos apenas do mecanismo dos freios e contrapesos, caracterizador da harmonia entre os poderes (...) harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco(...).*

O Ministro do STF Joaquim Barbosa,<sup>38</sup> para quem não existe um conceito apriorístico de separação de poderes, visto que tal conceito teria se adaptado ao longo da história e, apesar das ideias poderosas de Locke e Montesquieu, estas não devem ser seguidas em sua forma original.

---

<sup>38</sup> STF,ADin 3.367, rel. Min. Cesar Peluzo, DJ 17.03.2006.

Karl Lowenstein<sup>39</sup> compartilha do mesmo juízo, afirmando que o princípio da tripartição existe até hoje devido à dificuldade de superação e substituição de suas ideias:

*Incluso la más joven colección de constituciones después de la segunda guerra mundial se mantiene firme en dicho principio, sem tener em cuenta su superación y alejamiento de la realidad em el siglo XX. Um simples visaje a la forma más corriente Del gobierno, el parlamentarismo, hubiera podido convencer a los autores constitucionales de que el Poder Legislativo e el Ejecutivo non están separados ni personal ni funcionalmente. Los miembros Del gobierno son miembros del parlamento; se ha producido, pues, uma integración de estos poderes.*

J.J. Gomes Canotilho<sup>40</sup> vai mais além, defendendo que a irrestrita separação do poder sequer foi prevista por Montesquieu:

*Hoje, tende a considerar-se que a teoria da separação dos Poderes engendrou um mito. Consistiria este mito na atribuição a Montesquieu de um modelo teórico reconduzível à teoria dos três poderes rigorosamente separados: o executivo (o rei e os seus ministros), o legislativo (1ª Câmara, 2ª Câmara, câmara baixa e câmara alta) e o judicial (corpo de magistrados). Cada poder recobriria uma função própria, sem qualquer interferência dos outros. Foi demonstrado por Eisenmann que esta teoria nunca existiu em Montesquieu: por um lado, reconhecia-se ao executivo o direito de interferir no legislativo, porque o rei gozava do direito de veto; em segundo lugar, porque o legislativo exerce vigilância sobre o executivo na medida em que controla as leis que votou, podendo exigir aos ministros conta da sua administração; finalmente, o legislativo interfere sobre o judicial quando se trata de julgar os nobres pela Câmara dos Pares, na concessão de anistias e nos processos políticos que deviam ser apreciados pela*

---

<sup>39</sup> LOWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. Barcelona: Ariel Ciência Política, 1983. p. 55.

<sup>40</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 260.

*Câmara Alta sob acusação da Câmara Baixa. Além disso, mais do que separação, do que verdadeiramente se tratava era de combinação de poderes: os juízes eram apenas “a boca que pronunciava a palavra da lei”; o poder executivo e o legislativo distribuíam-se por três potências: o rei, a câmara alta e a câmara baixa, ou seja, a realeza, a nobreza e o povo (burguesia). O verdadeiro problema político era o de combinar estas três potências e desta combinação poderíamos deduzir qual a classe social e política favorecida.*

Inclusive no que tange à função legislativa, as unidades da Federação possuem sua esfera de atuação, a qual está delineada pela Constituição Federal; isto ocorre porque:

*A partilha do poder de legislar é sempre o fulcro da repartição de competências, já que a lei – pensando-se em termos de Estado de direito – é que dá a dimensão do exercício dos demais poderes”<sup>41</sup>. Portanto, os entes estatais devem ter competência para criar seu próprio direito, sob pena de não haver autonomia entre eles, de forma que “(...) o problema nuclear da repartição de competências na Federação reside na partilha da competência legislativa, pois é através dela que se expressa o poder político, cerne da autonomia das unidades federadas.<sup>42</sup>*

A repartição de competências pode se dar de forma horizontal, vigente no sistema norte-americano, ou vertical, exemplo de vertente europeia.

Raul Machado Horta<sup>43</sup> explica que o modelo horizontal pode se dar de três diferentes modos:

- a) repartição exaustiva da competência de cada ordenamento;*
- b) enumeração da competência da União e atribuição aos Estados*

<sup>41</sup> ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 181.

<sup>42</sup> ALMEIDA, op. cit., p. 104.

<sup>43</sup> HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 364.

*dos poderes reservados ou não enumerados;*  
*c) enumeração da competência dos Estados-membros e atribuição à União dos poderes reservados.*

Ainda nas lições de Raul Machado Horta<sup>44</sup>, o modelo vertical de repartição de competências:

*[...] realiza a distribuição de idêntica matéria legislativa entre a União Federal e os Estados-membros, estabelecendo verdadeiro condomínio legislativo, consoante regras constitucionais de convivência.*

O Brasil parece concatenar os modelos horizontal e vertical, distribuindo algumas matérias entre os entes federativos e deixando competências remanescentes aos estados-membros.

De acordo com a Carta Constitucional em vigor, cada um dos entes estatais possui matérias de competência privativa, sobre as quais legisla com exclusividade.

As matérias privativas da União estão enumeradas nos artigos 22 e 48 da Constituição, havendo outras disposições esparsas no texto constitucional tratando dessa espécie de competência. As matérias cuja legislação compete privativamente aos municípios são aquelas de interesse local (art. 30 I, CF) havendo também outros dispositivos constitucionais que tratam do assunto; quanto aos Estados, eles possuem competências privativas expressas (arts. 18, § 4º e 25, §§ 2º e 3º, da CF) e competência privativas residuais, que lhes permitem dispor sobre qualquer matéria, desde que não haja vedação a respeito (art. 25, § 1º, da CF). Já o Distrito Federal acumula as competências estaduais e municipais, conforme determina o art. 32, § 1º, da Carta Magna.

Existem também matérias de competência legislativa concorrente (art. 24, CF, entre outros dispositivos constitucionais), que podem ser disciplinadas pela União, Estados e Distrito Federal, como é o caso de assuntos como direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico.

---

<sup>44</sup> HORTA, op. cit., p. 366.

No âmbito da legislação concorrente, a União estabelecerá normas gerais. Não o fazendo, os estados exercerão a competência legislativa plena para atender suas particularidades. Havendo norma geral da União, aos estados caberá a edição de normas suplementares que as ajustem às necessidades estaduais. Os municípios também poderão complementar a legislação federal e a estadual (art. 30, II, CF).

Há, ainda, a competência comum a todos os entes federativos para legislar sobre temas de interesse geral, tais como a guarda da Constituição, saúde pública, cultura, educação e lazer (art. 23, CF)

Existem as medidas de cunho administrativo, que além das acima descritas, são denominadas de materiais, gerais ou de execução, que credenciam os entes estatais ao desempenho de tarefas e serviços; tais competências podem ser exercidas pelos entes estatais em conjunto ou separadamente.

As competências materiais comuns a todos os entes estão listadas no artigo 23 do Texto Constitucional e são justificadas pela necessidade de cooperação entre eles, o que é intrínseco ao Federalismo.

As competências materiais exclusivas da União estão dispostas principalmente no artigo 21 da Carta Magna e são indelegáveis. As competências materiais privativas da União estão representadas pelas matérias apontadas pelo artigo 22, que podem ser delegadas ao legislador estadual, conforme preceitua o parágrafo único do citado artigo. As competências materiais privativas dos municípios estão estabelecidas no artigo 30 da Constituição. Aos estados remanescem as competências que não couberam à União e aos Municípios; sendo que o Distrito Federal acumula as competências dos estados e municípios.

Até mesmo no que se refere às matérias de cunho tributário, cada ente estatal tem seu âmbito de atuação traçado pelo texto constitucional. O princípio da tripartição do poder está intimamente relacionado ao princípio federativo no Brasil; isto acontece porque o exercício das funções estatais no país é fracionado não só entre os órgãos executivo, legislativo e judiciário, como também entre as unidades da Federação, o que implica dizer que



o princípio da separação do poder deve ser analisado sob os pontos de vista orgânico e espacial.

Este assunto é de suma importância para o processo legislativo, visto que somente o ente federativo dotado de competência constitucional estará apto a legislar sobre determinadas matérias; assim, para que uma norma seja válida, seu processo de elaboração deverá observar, impreterivelmente, as normas de competência estabelecidas pela lei maior.

Ainda que seja o poder legislativo responsável pelo processo legislativo, o princípio da tripartição do poder e seu sistema de freios e contrapesos fazem com que os demais poderes também participem desse processo, exemplo disso é o fato de que algumas espécies normativas dependem da sanção ou do veto do Presidente da República; outro exemplo é o fato de existirem alguns assuntos sobre os quais somente o Poder Executivo poderá propor leis.

### **CAPÍTULO III - O CONFLITO ENTRE PODERES**

Considerado o necessário desdobramento constitucional do esquema de poderes há determinantes intrínsecas da independência de cada órgão de poder, que estão postos em seus elementos constitutivos, dentre os quais avulta a competência.

Existem também determinantes extrínsecos que são os que dependem dos instrumentos deles distintos e que possam assegurar essa independência, enquanto resultantes de ações que emanadas do campo de um poder, promanam para o campo do outro, para limitar-lhe o abuso.

No primeiro caso, o máximo de independência entre os poderes está no campo da atribuição das competências exclusivas dos poderes; naqueles atos cuja prática é de competência exclusiva de cada um deles, por expressa outorga constitucional.

Encontram-se os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os atos de competência privativa do Presidente da República, o exercício da judicatura pelo Poder Judiciário ou a competência privativa dos Tribunais, que se inserem no espaço restrito da atuação de cada um dos poderes, corporificando os atos que não podem ser praticados pelo outro, mas apenas e exclusivamente por aquele poder a quem a Constituição atribuiu a prerrogativa de praticá-lo. Estes atos se aperfeiçoam pela consumação de seu processo de composição pela ação só e autônoma do Poder que o cria.

Dir-se-ia, então, que na prática dos atos de competência originária exprime-se a independência dos Poderes em seu grau máximo.

Encontramos ainda atos jurídicos que por força da disposição constitucional, um poder não é suficientemente apto a aperfeiçoá-los de maneira a dotá-los das características de um ente acabado, sem o concurso de outro.

No processo de formação destes atos é que está identificado o grau mínimo de independência de um Poder. Como, por exemplo, no processo legislativo, em que atuam o Poder Legislativo e o Poder Executivo para configurar a lei.

Nos diversos procedimentos que compõem o processo legislativo, de iniciativa parlamentar, o Poder Legislativo é suficiente isolado, para discutir e votar a lei, enquanto o Poder Executivo é capacitado apenas para sancioná-lo e promulgá-lo. Da atuação de ambos compõem-se o ato complexo que é o processo legislativo, em que se faz a lei.

Pode-se então dizer que no campo em que o Poder Legislativo atua ao produzir um procedimento do processo legislativo, ele age preservando para si um grau mínimo de autonomia.

A autonomia é a liberdade do poder, escolher os meios e o momento de atuar suas funções próprias, como ensina o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>45</sup>:

*[...] a “separação dos poderes” consiste em distinguir três funções estatais – legislação, administração e jurisdição – e atribuí-las a três órgãos, ou grupo de órgãos que, reciprocamente autônomos, as exercerão com exclusividade, ou ao menos preponderantemente. Isto assim posto equivale a dizer que ao Poder Legislativo cabe legislar, senão exclusivamente, ao menos preponderantemente; ao Executivo administrar, se não como exclusividade, ao menos com preponderância, e ao Judiciário julgar, se não exclusivamente, ao menos preponderantemente. Mas também equivale dizer que há, necessariamente, um núcleo de matérias próprias de cada poder, matérias afetas ao exercício exclusivo, independente e autônomo do poder considerado. Por outro lado, a “autonomia” recíproca entre os órgãos pressupõe que cada qual exerça sua função sem “vassalagem” ao outro poder, sem necessidade de pedir “autorização” para exercê-la. Vale dizer, cada “poder” tem a liberdade para escolher os meios e o momento de atuar suas funções próprias; somente deste modo é possível concretizar o ideal preconizado por Montesquieu, de limitação do poder pelo poder.*

---

<sup>45</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 26. ed.. São Paulo: Saraiva, 2006.

No que tange aos instrumentos mínimos para favorecer o exercício harmônico dos poderes, em primeiro lugar denote-se que:

*São esses alguns exemplos apenas do mecanismo dos freios e contrapesos, caracterizador da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos.<sup>46</sup>*

Em segundo lugar, o instrumento máximo a favorecer o exercício harmônico dos poderes é o controle de constitucionalidade porque há necessidade da intervenção de outro poder, para restabelecer o equilíbrio entre os poderes confrontados ou em conflito.

Na resposta a esta indagação, não há como negar a ruptura do concerto inerente ao sistema de poder tripartido.

Há nesta dicção a abordagem de uma questão de evidente conflito de poder no sistema brasileiro, por exemplo: que condiz a sobreposição do Poder Executivo sobre o Congresso Nacional, que trava as pautas de funcionamento das Casas Congressuais, que mais tarde será melhor detalhado.

Uma obstrução, em suma, disciplina a agenda. Sem dúvida, que por desmesurada edição de medidas provisórias destituídas de seus pressupostos de habilitação; contudo, mais do que isto, pelo entrave que essa situação ocasiona na pauta do Congresso Nacional, em face da disposição do §6º, do artigo 62, da Constituição Federal, que paralisa a atividade do Congresso Nacional, se a medida provisória não for votada, em 45 dias, subsequentemente em cada uma das casas do Congresso Nacional.

A inviabilização operacional do Poder Legislativo, congestionado por projetos legislativos de iniciativa do Poder Executivo, isoladamente, sempre foi um problema

---

<sup>46</sup> SILVA, op. cit., p. 114-5.

que tolheu a independência do Congresso Nacional, pelo simples fato do congestionamento de sua agenda.

Pior que isto, é o travamento da pauta, por força da medida provisória sem os pressupostos formais de habilitação, que se não votada em 45 dias de sua edição, põem o Legislativo a reboque no Executivo.

O Presidente da República, agindo de má-fé, pode impedir até como consequência de seu abuso, na edição de medidas provisórias, sua fiscalização pelo Poder Legislativo, sob todos os pontos de enfoque do problema, a ineficácia da própria Constituição, impedindo o Congresso Nacional de trabalhar que não seja exclusivamente em cima de medidas provisórias abusivas, o que de fato tem acontecido na relação entre tais poderes, no Brasil atual.

De qualquer maneira a consequência disso tudo é que o Poder Executivo passa a ditar a agenda do Poder Legislativo e isto infringe a cláusula pétrea do artigo 60, § 4, inciso IV da Constituição da República Federativa do Brasil.

Se a função de um sistema de governo é operacionalizar a movimentação do estado, para realização de seus fins, nos parâmetros constitucionais finalísticos, a solução de um impasse entre o governo e o parlamento, com origem em uma medida provisória, será um confronto de solução muito mais incômoda no parlamentarismo do que no presidencialismo.

O fato do Presidente da República não responder de forma ordinária em face do Parlamento, ao preço de seu mandato, como ocorre com o Primeiro-Ministro ou o Gabinete, deixaria o primeiro, no caso do Presidencialismo, na cômoda condição de abusar de seu Poder de edição de medidas provisórias; assim este fato ensejaria com maior habitualidade confronto entre poderes e crises políticas comprometedoras do princípio constitucional da separação do poder.

Na Itália, estado parlamentarista, berço do decreto-lei (decreto legge) paradigma, da medida provisória, as situações de confronto entre poderes, nem sempre são

resolvidas pela via do voto de confiança, em consequência do parlamento cobrar do governo a responsabilidade que possa levar à destituição, por abuso de poder em editar uma medida provisória.

A Constituição italiana, como também, veremos na sequência, em seu artigo 134 relaciona entre as competências de sua corte constitucional, a solução de conflitos de atribuição entre os poderes do estado, aqueles do estado e das regiões.<sup>47</sup>

Na Espanha, outro estado parlamentarista, igual competência cabe ao Tribunal Constitucional, como explica o Prof. Eduardo Garcia de Enterría:

*La justificación de esta competencia Del Tribunal Constitucional parece clara: como há notado la doctrina alemana, todo conflicto entre órganos constitucionales (más que órganos em el caso de las Comunidades Autónomas, por constituir éstas verdaderas “entidades” políticas, como precisam los artículos 2, 137 y 152 de la Constitución, aunque entidades “internalizadas” em el seno del Estado y no – por diferencia del federalismo estricto – Estados substantivos) es, por si mismo, um conflicto constitucional, que pone em cuestión el sistema organizat6rio que la Constitución, com uma de sus funciones básicas, há establecido. Por ello mismo solo el Tribunal Constitucional, donde existe, puede ser 6rgano adecuado para la resoluci6n de estos conflictos, que afectan a la esencia misma de la Constitución, a la cuidadosa distribuci6n de poder y de correlativas competencias por ella operada.”<sup>48</sup>*

Da mesma maneira, é o que se pode extrair da citação acima, a doutrina alemã é convergente em competir ao Tribunal Constitucional a solução de conflito entre 6rgãos constitucionais, como se conclui, colimando a cuidadosa distribuição de Poder e a

---

<sup>47</sup> Art. 134. La Corte costituzionale giudica: sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni; sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni; sulle accuse promosse contro Il Presidente della Repubblica, a norma della Costituzione. A

<sup>48</sup> ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 160.

distribuição das correlativas competências por ela operada, nas próprias palavras de Garcia de Enterría.

No caso específico brasileiro, podemos analisar as questões pertinentes ao que se pretende no texto constitucional ora vigente, utilizando das palavras do Sr. Ministro do Supremo Tribunal Federal Dr. Gilmar Ferreira Mendes, que, por sua vez, sustenta que as cláusulas pétreas exprimem o esforço do constituinte para garantir a integridade da Constituição.

Com elas visa-se impedir: “a destruição, ou enfraquecimento, ou [alterações que] impliquem profunda mudança de identidade<sup>49</sup>” da Carta Fundamental, posto que dela emana a ordem jurídica em seu promanar para a coletividade e para o estado e afim de preservar a ordem constituída, pelo constituinte originário, inviabilizando que o constituinte derivado suspenda ou mesmo suprima a ordem própria da Constituição, desnaturando-a e atuando para subverter a substância de seus princípios vetoriais.

Desta maneira, na medida em que os instrumentos de participação popular consagrados pelo constituinte brasileiro encontram-se no plebiscito, no referendo e até mesmo os projetos legislativos de iniciativa popular devem ser submetidos ao processo legislativo constitucional culminado, a medida provisória, pelo ato complexo de produção de lei, envolvente do Poder Legislativo e do Poder Executivo, evidentemente que deve também ser contemplada com o exercício do Poder por representantes eleitos ou diretamente nos termos próprios do artigo 60, § 4º, inciso III, que sacramenta como cláusula pétrea constitucional a separação dos Poderes entre Legislativo, Executivo e Judiciário.

Fica evidenciado também que, em nenhuma hipótese, a Constituição da República Federativa do Brasil admite o exercício do Poder que não seja por via da consumação de sua ação dentro do sistema de tripartição do Poder, nos moldes do pensamento de Montesquieu, ainda que se considere o exercício deste diretamente pelos cidadãos dentro da estrutura da Constituição.

---

<sup>49</sup>MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 1091.

Podemos considerar e vislumbrar a medida provisória dentro deste cenário constitucional, desde que operacionalizada neste complexo de relações de poder, distribuído entre seus agentes (o Executivo, o Legislativo e o Judiciário) e entre eles compartilhado o seu exercício e inconstitucional, se for causa de oposição entre eles, por colocá-los em confronto.

Sendo as espécies normativas primárias elencadas no art. 59 da Constituição Federal substanciadoras de ato legislativo (e, portanto, lei), a lei formal (emanação do Poder Legislativo, detentor da função legislativa ordinária), que exprime no contexto democrático-pluralista um processo público geral (já que dele participa a generalidade dos sujeitos políticos), não é outra coisa senão o modo como se coordenam o maior número de interesses particulares; logo a legislação pelo parlamento envolve a noção de representatividade e de debate público anterior à eficácia do ato, ilustrando a ideia de que a democracia não se exaure no momento eleitoral.

Na democracia pluralista, a lei formal configura espécie de condensação de relação de forças entre sujeitos coletivos distintos, mediatizados pela figura do mandatário eleito e pode ser traduzida como síntese do debate parlamentar, produto da interação comunicativa processualizada e pública.

No Direito brasileiro, adotado o regime presidencialista de governo, a lei formal carrega, ainda, a noção de Executivo. Trata-se, portanto, de ato complexo. Entre nós, em consequência, a lei formal é espécie de ato legislativo definida pela origem (ato do Congresso Nacional), pela forma (forma de lei complementar ou ordinária), pelo procedimento (devido processo legal legislativo: ato público em que o debate precede a vigência), pela força (força ativa e passiva de lei), assim como pela natureza (ato complexo).

Na verdade, e de antemão se faz necessário aqui destacar, com toda veemência, o entendimento não é de que a medida provisória é a única ré contra o princípio constitucional da separação dos poderes e nem esse pode ser entendido como um arquétipo para movimentação do Estado, em que as áreas de atuação de cada um de seus poderes sejam herméticas e exclusivas, pelo o contrário, vez que o dinamismo que se impõe à sua inteligência



admite de *lege ferenda* outros moldes para o sistema, em que vale, sobretudo, a sua razão ética de existir, como um instrumento de garantia da liberdade.

O confronto de poder que possa decorrer da medida provisória, não está colocado nela exclusivamente e em sua instrumentalização constitucional, ele está centrado no uso abusivo do instituto pelo Poder Executivo, que não se restringe precipuamente à obediência dos requisitos formais de relevância e urgência, sem embargo de não se conter ademais no leito constitucional em que se traça a materialidade possível da legislação por medida provisória e quando se trata de por ela legislar e assim o Poder Executivo acaba sufocando o Poder Legislativo.<sup>50</sup>

---

50 Além de tudo o que transcrito, e mesmo não sendo o objeto do presente, há de se considerar a confronto existente no papel normativo do Poder Judiciário que acaba por legislar em muitos momentos, dando interpretações a legislação em vigor distintas dos contexto a que foi inserido, tampouco respeitando as jurisprudência, os costumes e os anseios sociais.

## CAPÍTULO IV - SISTEMA DE GOVERNO

Diante do até aqui exposto, podemos considerar que Governo é o “concerto” dos órgãos e poderes do Estado.

Consustancia ideia e ação coordenadas para a eleição, execução e concretização de políticas públicas pelo direcionamento e comando da dinâmica do Estado, nos termos da ordem jurídica constituída a quem assegura e sob a qual atua para a garantia do bem estar social.

Existe uma segunda acepção do termo governo mais próxima da realidade do estado moderno, a qual não indica apenas o conjunto de pessoas que detêm o poder de governo, mas o complexo dos órgãos que institucionalmente tem o exercício do poder; neste sentido, o governo constitui um aspecto de estado. Na verdade, entre as instituições estatais que organizam a política da sociedade e que, em seu conjunto, constituem o que habitualmente é definido como regime político as quem tem a missão de exprimir a orientação política do estado são os órgãos do governo.

Sob influência do uso anglo-saxônico, em muitos estudos políticos publicados na Europa continental tem sido, também, frequentemente usada a noção amplo do termo governo, parecendo oportuno reenviar, para este conceito, ao verbete REGIME POLÍTICO (v.) e definir o governo na acepção mais limitada proposta anteriormente, por estar mais de acordo com a linguagem corrente.”<sup>51</sup>

Os sistemas de governo são formas de governar, em torno dos quais se relacionam os órgãos do estado para sua direção e condução, tendente a realização de seus fins.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende como sistema de governo o presidencialismo, o parlamentarismo e o sistema diretorial.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1983. v. 1, p. 553.

<sup>52</sup> FERREIRA FILHO, op. cit., p. 140-53.

Aponta que o regime diretorial é o regime em que o vértice do Poder se encontra posto na Assembleia, que é o órgão máximo de deliberação e governo. Sendo o regime vigente na Suíça em que está o único exemplo indiscutível de sua aplicação; outrora vigente na antiga URSS.

Todavia, Jorge Miranda<sup>53</sup>, destaca:

*“I – No plano jurídico-constitucional, quando se pensa em sistema de governo tem-se em mente três grandes conceitos jurídicos (para além de outros menos relevantes que poderiam ser citados):*

- a) O da separação dos poderes, no sentido de especialização orgânico-funcional, paralelamente à fiscalização ou à colaboração dos vários órgãos para a prática de actos da mesma função;*
- b) O da dependência, independência ou interdependência dos órgãos quanto às condições de subsistência dos seus titulares o quanto ao modo como certo órgão vem a projectar-se na composição concreta de outro órgão (o modo, por exemplo, como determinado órgão determina ou escolhe os titulares de outro órgão ou vem a determinar a cessação das suas funções);*
- c) Como conceito ao compreendido, mas adquire autonomia, o conceito de responsabilidade política – de responsabilidade política de um órgão ou dos titulares de um órgão perante outro órgão.*

Estes referenciais de especialização orgânico-funcional, de dependência, independência ou interdependência e de responsabilidade política são critérios elementares suficientes a qualificar os sistemas de poder, dependendo de como varia o grau de intensidade deles no contexto das ações do governo.

As noções de limite e de responsabilidade de ação dos poderes como norteadores tanto da divisão funcional deles no âmbito do estado, como de sua operacionalização, em nível de governo, para a consecução de seus fins.

---

<sup>53</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2004. t. 3, p. 396.

De maneira pragmática, os sistemas de governo podem ser considerados bipartidos em parlamentarismo e presidencialismo.

Destacam-se como mais usuais o sistema presidencialista e parlamentarista de governo<sup>54</sup> e sem dúvida, como se verá a seguir, os parâmetros de conformação destes sistemas gravitam, em torno dos três grandes conceitos jurídicos que no plano jurídico constitucional se deve ter em mente ao considerar um sistema de governo, na visão de Jorge Miranda.

*É sabido que foi à última hora que a Assembleia Nacional Constituinte lançou mão desse substituto do antigo decreto-lei, julgando poder impedir o seu abusivo emprego graças ao modelo inspirado pela Constituição italiana. Assim teria ocorrido, provavelmente, se tivesse sido mantido o regime parlamentar que de início norteava os trabalhos constituintes, mas é também sabido que, sob a pressão conservadora do chamado CENTRÃO, aquele plano gorou, ficou indefinido nosso ‘sistema de poder’, o qual deixou de ser parlamentar sem chegar a ser presidencialista, por não ter havido tempo para rever as atribuições originariamente conferidas ao Congresso Nacional, no pressuposto da implantação do parlamentarismo. Ora, a medida provisória é uma figura legislativa própria do regime parlamentar; compreendendo-se que ela seja outorgada ao Primeiro-Ministro, por ser este uma projeção das forças dominantes na Câmara dos Deputados, e merecer, por conseguinte, a sua confiança, havendo por isso, tendência natural à sua aprovação dentro de curto prazo.<sup>55</sup>*

---

<sup>54</sup> Observa-se que em Canotilho os demais sistemas de governo são variações entre Presidencialismo e Parlamentarismo, considerando-se ainda que a referência à estrutura de governo dualista monárquico-representativa é tão somente histórica, o que denota o desuso desta matriz. Já Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é quem diz da exclusividade suíça quanto ao uso do sistema diretorial. Por isso que neste trabalho é que se considerará apenas o Presidencialismo e o Parlamentarismo.

<sup>55</sup> REALE, Miguel. **Subterrâneo da medida provisória. O Estado de São Paulo**, São Paulo, 7 jul. 2001. Caderno A, p. 2.

#### 4.1. PARLAMENTARISMO

Marca o Parlamentarismo em primeiro lugar, o princípio da igualdade do Poder Legislativo e do Poder Executivo, em seguida o princípio da colaboração desses dois poderes, finalmente os meios de ação, que cada um destes poderes desenvolve sobre o outro.

Para ainda teorizar sobre o Parlamentarismo, no que chama de sua arquitetura conceitual, destaca duas outras notas de identificação e sustentação do instituto: (i) a dualidade executiva e (ii) o bicameralismo.

Insiste que a igualdade do executivo e do legislativo é nota marcante na teoria parlamentar; não obstante se identifique interdependência em alguns pontos de relacionamento entre os dois poderes, no que aponta ser a igualdade deles. A existência de um Chefe de Estado, que dirige o Poder Executivo, distinto de um Chefe de Governo, que operacionaliza a administração, responsável por seu destino em face do Parlamento, ao contrário do Chefe do Estado que ante o Poder Legislativo, por nada tem a responder.

Ainda que o Chefe de Governo forme o gabinete e aduz a dualidade executiva, seccionada pelo critério da responsabilidade, o Chefe de Estado não tem poder em face do parlamento e o Chefe de Governo o tem; ponto diferencial este que faz gerir o aparelho estatal, observando que de um lado temos o Chefe de Estado, simbolizando a unidade nacional, encarnando a solidariedade política e social no estado, e, do mesmo passo, afirmando com sua irresponsabilidade política, a independência do executivo em face do Legislativo, e, de outro lado, dentro dessa mesma órbita executiva, o ministério responsável, o ministério como a segunda arma do Poder Executivo, como sua ramificação política por excelência.

Coloca-se ainda o bicameralismo, como ponto de equilíbrio entre os interesses diversos da maioria e da minoria.

Na medida em que esta estrutura cria no interior do Poder Legislativo, um contrapeso que harmoniza estas divergências, conciliando, na passagem dos temas pelas duas Câmaras, atritos e fricções ocasionais. Os quais não seriam coerentes com as tendências de opinião públicas identificadas pelos critérios de constituição dos blocos e estamentos, que os representariam no Parlamento.

Com acuidade destaca-se que a nota marcante do Parlamentarismo está em seus meios de ação como sistema de governo, consistente no controle do parlamento sobre o gabinete e, conseqüentemente, sobre o ministério e a possibilidade de sua dissolução, em que estaria a suprema virtude do regime, a possibilitar a concretização do princípio constitucional da autenticidade da representação, cada vez que cessado no Parlamento o equilíbrio de forças necessário a direcionar e conduzir a gestão do gabinete.

Na busca permanente da ratificação eleitoral dos temas, estaria a virtude fundamental do Parlamentarismo, na medida em que o voto e a aferição do voto majoritário definiriam o critério para a gestão do estado.

Podemos verificar que no Parlamentarismo os poderes se aproximam e se coordenam para o desempenho da tarefa harmônica de governo, sem maior rivalidade ou ressentimento. O governo está nas mãos do ministério, sob a chefia responsável de um Primeiro-Ministro e governa unicamente enquanto mantiver a confiança da maioria parlamentar.

A conectividade política do governo com o Parlamento se faz tão íntima e estreita pelo instituto da responsabilidade ministerial que, embora distintos os dois poderes, não há uma separação tão distinta, como ocorre no Presidencialismo.

#### **4.2. PRESIDENCIALISMO**

Enquanto a conformação do Parlamentarismo encontra disciplina em multiplicidade de leis, - nas quais estão suas marcas características, de individualização, principalmente postas na responsabilidade do Governo em face do Parlamento e na

possibilidade de dissolução assemblear em caso de impossível configuração da maioria parlamentar necessária à formação do primeiro –, o Presidencialismo promana da literalidade da Constituição norte-americana.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>56</sup> entende-o como criação racional e consciente de uma Assembleia Constituinte, reunida na Convenção de Filadélfia, conotando-o como versão republicana da monarquia limitada ou constitucional, instaurada na Grã-Bretanha pela Revolução de 1688. Com a peculiaridade de ter-se colocado um cidadão no lugar do rei, eis que nobreza ou dinastia inexistia na América e a cidadania era própria do súdito do novo Estado.

De fato, emerge o Presidencialismo de um regime de separação de poderes em que a partir da Revolução de 1688, instituía-se uma separação entre o Gabinete, o Parlamento e a Coroa. Sem autonomizar, como já se viu o Judiciário.

Mas exprime-se sua feição diferentemente do complexo molde de governo inglês, por Executivo (destinado ao governo), por Legislativo artífice da lei, sem dúvida que ademais dotado de poderes de fiscalização, controle e representação (assim conformado de acordo com o núcleo característico da atividade parlamentar) e por Judiciário dotado da prerrogativa de julgar. Todos eles organicamente autônomos, funcionalmente interdependentes.

O sistema Presidencialista, embora constituído nestes termos formais, aperfeiçoou-se na prática, igualmente, como o sistema parlamentarista inglês.

Realizam as funções do Estado, em processo interdependente de ação, compatibilização e concatenação de funções, a que se denomina “checks and balances” e que se equilibram pelo “judicial review”, instituto em que está a prerrogativa funcional do judiciário em harmonizar a ação dos poderes pela jurisdição da Suprema Corte e pela acomodação da ação deles à constituição. Para contenção dos seus abusos de atuação que os podem confrontar, levando um deles a preponderar sobre o outro, tolhendo-lhe a autonomia

---

<sup>56</sup> FERREIRA FILHO, op. cit., 2006. p. 140.

das funções e para ajustá-los todos enquanto engrenagem do sistema de governo parametrizado pela constitucional.

É Jorge Miranda<sup>57</sup>, quem o diz:

*O presidencialismo surgiu com a Constituição dos Estados Unidos e só aí tem sido verdadeiramente aplicado e funcionando eficaz e pacificamente.*

*Para lá da influência dos doutrinários, alguns factores históricos explicam bem a sua instauração: a experiência colonial, com governadores nomeados pela Coroa britânica e assembleias electivas: a tendência natural para conceber o Presidente à imagem do Rei de Inglaterra (no século XVIII ainda exercendo a ‘prerrogativa’); a vontade dos pais da Constituição de evitarem tanto o despotismo de um homem só como os vícios das assembleias soberanas.*

*Em dois séculos de história e apesar de sua complexa realização – pois implica dois centros de poder, ao contrário do parlamentarismo – o sistema revelou-se adequado às necessidades e aos problemas. Mesmo nas ocasiões em que o partido do Presidente não tem disposto de maioria no Congresso, os conflitos entre Executivo e Legislativo tem sido vencidos sem crises institucionais, mercê da flexibilidade dos partidos americanos e da homogeneidade fundamental do meio político e social (a despeito da diversidade étnica e econômica).*

*Por certo aumentaram os poderes do Presidente (particularmente na área legislativa e na área internacional); mas também os do Congresso noutros sentidos (assim, a importância adquirida pelas comissões senatoriais) e, desde 1951, o Presidente não pode ser eleito para terceiro mandato consecutivo. Numa perspectiva mais larga, dir-se-ia tudo se conduzir a uma constante redistribuição de poder, numa relação cíclica de maior ou menor ascendente de um ou outro órgão (e do Supremo Tribunal dos Estados Unidos).*

---

<sup>57</sup> MIRANDA, op. cit., p. 154.



Para compreensão deste sistema de governo, ainda falta destacar como característica do Presidencialismo a harmonização das funções interdependentes do poder pelo “judicial review”.

O Presidencialismo possibilita o ponto de superação de possíveis incongruências na operacionalização conjunta de todas as funções do poder para impulsionar o Estado.

#### **4.2.1. PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO**

Independentemente do aqui se entende como melhor forma para solucionar os conflitos existentes e proeminentes entre os poderes no Brasil, inevitável verificar que na verdade, neste país existem particularidades, surgidas por conta de todo o processo histórico e em razão de uma Constituição Federal transcrita de maneira muito ambígua, que torna obrigatório fazer algumas considerações acerca das particularidades brasileiras ocasionadas muito em razão do longo processo de redemocratização vivido pelo Brasil, que foi acompanhado de intenso debate institucional.

A consolidação da democracia em gestação pediria a rejeição da estrutura institucional que presidira a malsucedida experiência democrática anterior; assim, o Presidencialismo deveria ter sido preterido em função de sua tendência a gerar conflitos institucionais insolúveis, enquanto a legislação partidária deveria se alterar com vistas à obtenção de um sistema partidário composto por um número menor de partidos, dotados de um mínimo de disciplina.

Na Constituição de 1988, o Presidencialismo foi mantido e o plebiscito de 1993 encerrou a discussão sobre a “opção parlamentarista”; da mesma forma, a legislação eleitoral não sofreu qualquer alteração significativa.

O princípio proporcional e a lista aberta continuaram a comandar o processo de transformação de votos em cadeiras legislativas, portanto, a lógica do

funcionamento do sistema político brasileiro não foi alterada e, portanto, continua ser a mesma do sistema criado em 1946.

Sendo assim dever-se-ia esperar um sistema com fortes tendências à inoperância, quando não à paralisia; um sistema político em que um Presidente impotente e fraco se contraporiria a um Legislativo povoado por uma miríade de partidos carentes de disciplina.

O quadro institucional que emergiu após a promulgação da Constituição de 1988 está longe de reproduzir aquele experimentado pelo país no passado. A Carta de 1988 modificou as bases institucionais do sistema político nacional, alterando o seu funcionamento. Dois pontos relativos ao diagnóstico resumido acima foram alterados: os poderes legislativos do Presidente da República foram imensamente ampliados, em relação à Constituição de 1946, mantendo-se as inovações constitucionais introduzidas pelas Constituições escritas pelos militares com vistas a garantir a preponderância legislativa do Executivo e maior presteza à consideração de suas propostas legislativas. Da mesma forma, os recursos legislativos à disposição dos líderes partidários para comandar suas bancadas foram ampliados pelos regimentos internos das casas legislativas.

A despeito de todas as mazelas que a legislação eleitoral possa acarretar para os partidos políticos brasileiros, o fato é que a unidade de referência a estruturar os trabalhos legislativos são os partidos e não os parlamentares.

A separação dos poderes característica dos governos presidencialistas levaria ao comportamento irresponsável dos parlamentares, uma vez que a duração de seus mandatos não é influenciada pelos infortúnios políticos do Presidente. Somente os membros do partido presidencial teriam algum tipo de incentivo para cooperar, para os demais, a estratégia dominante, mais rendosa do ponto de vista político, seria a recusa sistemática à cooperação. Da mesma forma, Presidentes teriam poucos incentivos para buscar apoio do Congresso, em face da origem própria e popular de seu mandato.

As instituições que regulam o processo decisório no Legislativo são ignoradas. Os Poderes Legislativos do Presidente não são considerados, e, da mesma forma, a

estruturação dos trabalhos legislativos é deixada de lado. As relações executivo-legislativo dependerão sempre e exclusivamente do sistema partidário e das regras que regulam a competição eleitoral e partidos desempenharão o mesmo papel no interior do legislativo, independentemente dos direitos do legislativo assegurados regimentalmente aos líderes partidários.

A independência da origem e da sobrevivência do Executivo e do Legislativo é uma das características que define o Presidencialismo.

As relações entre Executivo e Legislativo são afetadas pela extensão dos Poderes Legislativos controlados pela Presidência. Presidentes com pequenos poderes legislativos são forçados à negociação, pois sabem que sem concessões não terão sua agenda aprovada. Presidentes situados no outro extremo do espectro procurarão governar contornando as resistências dos congressistas e buscando forçar o Legislativo a ceder; por isto mesmo, neste caso o padrão de relações que se estabelece entre os dois Poderes é mais conflituoso do que no primeiro.

Cabe ainda reiterar que o Presidente brasileiro não apenas tem o poder exclusivo de iniciar a legislação em determinadas áreas como também tem o poder de forçar, unilateralmente, a apreciação das matérias que introduz dentro de determinado prazo; de acordo com o artigo 64 parágrafo 2º da Constituição brasileira de 1988, o Presidente pode solicitar urgência para apreciação de projetos por ele apresentados, o que significa um prazo máximo de 45 dias para apreciação da matéria em cada uma das Casas Congressuais. A solicitação de urgência impede que minorias possam, por seu controle de *veto points*, “engavetar” as propostas presidenciais.

Os poderes de agenda mencionados também não podem ser minimizados; ainda assim, os efeitos dessas prerrogativas são modestos em face da prerrogativa de editar decretos com força de lei, tais como as mal fadadas e aqui já comentadas medidas provisórias. Trata-se de importantíssima arma nas mãos do Executivo porque a promulgação de um decreto implica na imediata alteração do *status*. Presidentes com amplos Poderes Legislativos sabem que tem maiores chances de impor unilateralmente a sua agenda e menor incentivo a negociar acordos com o Legislativo.

Um Presidente dotado de amplos Poderes Legislativos é capaz de ditar agenda de trabalhos legislativos e, desta forma, induzir parlamentares à cooperação. É óbvio que as chances de conflito entre Legislativo e Executivo dependem da distribuição de cadeiras no interior do Legislativo pelos diferentes partidos. Na melhor das hipóteses, um Presidente comanda um partido disciplinado e que controla a maioria das cadeiras não deve esperar encontrar barreiras à aprovação de sua agenda.

Um Presidente apoiado por um partido disciplinado que controlasse a maioria das cadeiras no Legislativo é fato raro na história, se que isso ocorreu ou mesmo ocorrerá. Considerável esforço tem sido devotado à busca de fórmulas institucionais que gerem disciplina partidária e favoreçam à diminuição do número de partidos efetivos.

Dois questões pedem discussão: a primeira diz respeito à disciplina partidária e a segunda à possibilidade de que Presidentes sejam sustentados por coalizões partidárias. A necessidade de diminuir o número de partidos e gerar institucionalmente as possibilidades para a existência de Presidentes apoiados por partidos majoritários só se justifica na medida em que se assume a impossibilidade de que presidentes sejam apoiados por coalizões partidárias.

O Legislativo brasileiro, o princípio adotado para a distribuição de direitos parlamentares é partidário. Líderes, em questões de procedimento, representam suas bancadas. A distribuição interna do Poder, tanto na Câmara dos Deputados como no Senado Federal, é feita de acordo com os princípios de proporcionalidade partidária, como é o caso do centro de poder no interior do legislativo: a mesa diretora, cujos cargos são distribuídos pelos partidos de acordo com a força de suas bancadas. A Presidência da Mesa cabe ao partido majoritário. O Presidente da Mesa dirige os trabalhos do plenário e conta com amplos poderes para decidir questões controversas. Da mesma forma, a composição das comissões técnicas obedece ao princípio da proporcionalidade partidária e a distribuição dos parlamentares pelas comissões é feita pelos líderes partidários.

Os Regimentos Internos de ambas as casas reconhecem aos líderes partidários, formalmente eleitos por seus pares, o direito de representá-los, cujos eleitos

acabam por formar o Colégio de Líderes, colegiado este que desempenha importante papel na determinação da pauta dos trabalhos.

Líderes partidários, em função de uma série de prerrogativas regimentais controlam o fluxo dos trabalhos parlamentares. A ação dos líderes direciona os trabalhos legislativos para o plenário, que se constitui, desta forma, no principal *locus* decisório. Do ponto de vista organizacional, as comissões e as forças centrífugas e descentralizantes contidas neste princípio organizacional são neutralizadas pela ação dos partidos e seus líderes.

## CAPITULO V - O PODER DE LEGISLAR NO BRASIL

### 5.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA.

Uma vez que já estamos considerando o cenário brasileiro, ressalta-se que este é fruto de um inevitável processo histórico, onde pelos próprios meios e opções pelo qual, a evolução político-jurídico administrativo se deu, é de começarmos a ter a nítida noção de toda a problemática que aqui se pretende levantar.

Desde a Proclamação da República, a relação entre os Poderes Executivo e Legislativo no Brasil tem passado por altos e baixos, dadas as circunstâncias vividas em cada um dos diversos momentos políticos.

Já no primeiro momento, houve uma disputa travada entre conservadores e liberais quanto à melhor forma de Presidencialismo para o Brasil. Venceu o grupo liderado por Rui Barbosa, que, conforme se pode observar pela Constituição de 1891, preferiu aderir ao Presidencialismo, segundo o modelo aplicado nos EUA, impregnado, porém, das ideias positivistas do filósofo francês Augusto Comte, que começaram a ser difundida no Brasil, por volta de 1871, numa Conferência realizada no Instituto dos Cegos.<sup>58</sup>

Para Augusto Comte, “[...] a República é negação do direito divino objetivado na pessoa do rei e perpetuado na sucessão dinástica [...]”, tais ideias foram rapidamente absorvidas pelo grupo republicano, o qual não via com bons olhos um terceiro reinado; daí a imperiosa necessidade de se extinguir a Monarquia.<sup>59</sup>

No segundo momento, ocorreu a Revolução de 1930, com a ascensão de Getúlio Vargas à Presidência da República. Mais uma vez as relações entre o Poder Executivo e o Legislativo ficaram abaladas, notadamente após o Golpe de 1937, com a Constituição outorgada no mesmo ano.

---

<sup>58</sup> SILVA, Hélio, **História da república brasileira**. São Paulo: Editora Três, 1998. v.1, p. 43.

<sup>59</sup> *Ibidem.*, p. 46.

Outorgada a Carta, Getúlio Vargas criou o Estado Novo, tornando-se ditador; assim, o Poder Legislativo, desde o golpe militar que derrubou a Monarquia e implantou a República, não detém plenamente a iniciativa legiferante, pois o Presidente da República governava por meio de Decretos-Lei, conforme se verifica no artigo 180 da Carta de 1937:

*Art. 180 - Enquanto não se reunir o Parlamento Nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativas da União.*

Instituído no Processo Legislativo na Constituição de 1937, o Decreto-Lei, trouxe em seu bojo a figura do decreto-lei transcrito nos artigos 12, 13, 14 e 180.

Atendendo ao disposto no art. 12 da Carta de 1937, o Presidente da República podia ser autorizado pelo Parlamento a editar decretos-lei mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização, algo um tanto contraditório uma vez que, naquele momento, o Presidente da República detinha amplos poderes, pois se vivia num regime de exceção, não havendo, portanto, necessidade de delegação legislativa, conforme pode se constatar da leitura desse artigo.

No artigo 15 da Lei Magna de 1937, encontra-se o estabelecimento dos limites do raio de abrangência dos decretos-lei, os quais só podiam ser expedidos quando o Parlamento estivesse em recesso ou quando fosse dissolvida a Câmara dos Deputados, e, desde que ouvido o Conselho da Economia Nacional.

Já o artigo 14 da mesma Carta versava sobre a competência do Presidente da República, que poderia, por meio da edição de decretos-lei, dispor sobre a organização do Governo e da Administração Federal e o comando supremo das Forças Armadas.

O Artigo 180 constituía mero ritual protocolar na medida em que o regime ditatorial vigente detinha o poder para praticar quaisquer atos jurídicos.

Como fonte histórica, frisa-se que, de 12 de novembro de 1937 a 28 de junho de 1946, tempo de duração do Estado Novo, o Governo expediu 9.421 decretos-lei, muitos fundamentados no artigo 180 da Constituição. Só para citar alguns, os mais conhecidos, tem-se o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que tratou da Consolidação das Leis do Trabalho, o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro), o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal Brasileiro), dentre outros.

E tal como analisou o Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Junior<sup>60</sup>:

*Enfim, a verdade é que o decreto-lei do artigo 180 da Constituição de 1937 ofuscou as demais espécies, que nem sequer conheceram prática institucional. Foi banido pela Constituição de 1946 que não admitiu a delegação legislativa, salvo pelo breve período parlamentarista entre 1961 e 1963.*

Nesse período, eclodiu a 2ª Guerra Mundial, o nazifacismo tentando se impor ao restante da Europa. Após, entrar na Guerra, os brasileiros que tiveram, do lado das Repúblicas democráticas e que batalhavam por sua manutenção, perceberam que ainda viviam sob o julgo de uma regime não-democrático. Iniciou-se, então, a luta para que o País retornasse à legalidade, o que sucederia com a convocação da Assembleia Nacional Constituinte, eleita em 02 de dezembro de 1945, a qual encerrou os trabalhos de 1946, com a promulgação da nova Carta Magna, em 18 de setembro de 1946. Findava assim a Ditadura Vargas, e o Brasil voltava à legalidade.

Após a Carta de 1946, o Brasil viveu um dos melhores momentos de sua história política; o regime democrático prevaleceu contribuindo para o amadurecimento das instituições políticas do País, mesmo com o Partido Comunista Brasileiro colocado à margem da representação. À época, as lutas existentes entre as várias correntes políticas, principalmente nos últimos anos da década de 1950, empurraram a Nação novamente para um período de grandes perturbações políticas que culminaram com o Golpe Militar, período em que se viveu sob a verdadeira bandeira de um regime ditatorial, na real acepção da palavra.

---

<sup>60</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi do. **Medida provisória**: edição e conversão em lei: teoria e prática. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 95.



Com, a chegada ao poder, os militares, por meio do Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, arts. 30 e 31, introduziram mais uma vez o instituto do “decreto-lei” no Processo Legislativo, de maneira a preservar a Segurança Nacional; ademais, o uso do decreto-lei foi estendido a todos os assuntos, inclusive matérias financeiras e administrativas.

Durante o regime militar desse período, conviveu-se com incertezas e desmandos que só podem ser compreendidos à luz do regime implantado pelos militares; não só aqui, mas em boa parte da América do Sul, regimes ditatoriais revigoraram suas forças.

Aguardaram-se 21 anos para exercer plenamente o direito de escolher livremente o Presidente da República, e somente após os representantes do povo brasileiro, dotados de poder constituinte, elaborassem e aprovassem a nova Constituição Federal.

A Constituição de 1988 trouxe no seu bojo modificações nos campos político, econômico e social, dando ênfase aos Direitos e às Garantias Individuais. Curvou-se, no entanto, à ganância de poder do Chefe do Executivo com a introdução da chamada Medida Provisória no Processo Legislativo brasileiro, instrumento legal que vem sendo usado de forma abusiva por todos os Presidentes da República pós 1988, o que enfraquece literalmente as relações entre os Poderes Legislativo e Executivo.

## **5.2. ATUAL CENÁRIO BRASILEIRO (GRÁFICOS)**

Mesmo fortalecido, após tão denso processo histórico, o Congresso acabou por permitir e admitir a delegação de função legislativa ao Executivo, aqui denominada Medida Provisória.

O constante uso de tal instrumento, com força de lei, tornou-se a maneira predileta dos detentores do poder executivo para legislar, ou seja, todos os Presidentes deste período mantiveram a preponderância do Poder Executivo sobre o Legislativo. De posse do poder de iniciativa legislativa, coagiam os congressistas a decidirem sem o direito de emendar, alterar, rejeitar ou revogar qualquer projeto oriundo do Executivo e

ainda o acatarem, caso não se manifestassem no prazo determinado, isto é, 45 dias desde o recebimento do decreto-lei, o chamado “decurso do prazo”. Em outras palavras, o decreto-lei ou o projeto de lei era aprovado com ou sem a participação direta dos membros das duas Casas do Congresso Nacional.

No entanto, para que tenhamos uma visão ampla do cenário atual, vale considerar o entendimento de Octávio Amorim Neto e Paulo Tafne<sup>61</sup>:

*[...] a fragmentação, a indisciplina e o paroquialismo dos partidos concorreriam para tornar o processo de formação de maiorias legislativa extremamente difícil, lento e custoso, comprometendo o êxito das medidas propostas pelo Executivo. Este, por sua vez, se veria forçado a recorrer a apelos plebiscitários e a instrumentos extraordinários de governo (medidas provisórias, por exemplo) para fazer valer suas preferências, gerando assim frequentes crises nas relações Executivo-Legislativo.*

Já, Fernando Limongi, cientista político do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) da Universidade de São Paulo – USP, ensina que:

*[...] o legislativo brasileiro está longe de ser um obstáculo às pretensões manifestas pelo Executivo, uma vez que o exame da produção legal mostra que o Presidente brasileiro não apenas controla a produção legal como também tem altas taxas de sucesso em suas proposições, 70,7% somente em relação às leis ordinárias, o que vem demonstrar que o executivo é raramente derrotado, já que o chefe do executivo tem em suas mãos, além de outras prerrogativas, (como medidas provisórias, pedido de urgência, vetos etc.) o poder de agenda, ou seja, o presidente da república, muita das vezes, é quem determina quais proposições, especialmente aquelas que lhes interessa, deverão ser pautadas*

---

<sup>61</sup> AMORIN NETO, Octávio; TAFNE, Paulo. Governo de coalizão e mecanismos de alarmes de incêndio no controle legislativo das medidas provisórias. **Revista de Ciência Sociais**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 1, 2002. p. 25-32.

*para apreciação e votação no congresso nacional, dando-se ênfase as proposições iniciadas pela câmara dos deputados.*<sup>62</sup>

Note-se que os pontos até aqui levantados estão imbuídos de certa polêmica, porque enfocam a problemática da reforma política. O termo cunhado pelo cientista político Sergio Abranches, denominado “*presidencialismo de coalizão*”, que consiste, na verdade de um sistema caracterizado pela instabilidade, de alto risco e cuja sustentação baseia-se quase exclusivamente no desempenho corrente do governo e de respeitar estritamente os pontos programáticos considerados inegociáveis, os quais nem sempre são explícita e coerentemente na fase da formação da coalizão com alta propensão a se defrontar com crises políticas.

Assim, fica evidenciada, no atual sistema político brasileiro, a nítida preponderância do Poder Executivo em relação ao Legislativo pelo fato do Chefe do Executivo estar dotado de prerrogativas, tanto constitucionais quanto regimentais, que lhe dão o comando da iniciativa legislativa, o que muitas vezes, ao sobrestar a pauta, impede o livre funcionamento do Poder Legislativo, causando instabilidade política, demonstrando a atrofia deste perante o Poder representado pelo Presidente da República.

Essa conjuntura acaba por interferir na chamada governabilidade, porque, ao usar de forma excessiva suas prerrogativas constitucionais, especialmente o instituto da medida provisória, o Presidente põe em xeque o equilíbrio entre o Legislativo e Executivo na medida em que, muitas vezes, se verifique o sobrestamento da pauta do Congresso Nacional, em especial na Câmara dos Deputados, tendo em vista o grande número de medidas provisórias que sobrecarregam os trabalhos legislativos em infindáveis apreciações e votações daqueles dispositivos constitucionais, de forma que torne obrigatório o mandamento contido no artigo 62, § 6º da CF que diz:

*“Art. 62*

*[...]*

*§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará e regime de urgência, subsequentemente em cada uma das casas do congresso*

---

<sup>62</sup> AMORIN NETO, op. cit., p. 23.

*nacional, ficando sobrestadas até se ultime a votação, das demais deliberações legislativas da casa em que esteve tramitando”*

Outro fato que contribui para o conflito entre o Legislativo e o Executivo está no fato de não se cumprir de forma adequada e precisa o exigido na Resolução nº 1, de 2002- CN, isto é, a instalação de comissão mista destinada a apreciar a existência ou não dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência das medidas provisórias emanadas pela presidência da república. Tal apreciação se faz necessária para que haja celeridade dos trabalhos legislativos, pois, ao se constatar a ausência desses pressupostos de imediato, a medida provisória retornaria à Presidência da República, mesmo porque tal fato é fonte geradora de desequilíbrio e contribui para que se reforce a preponderância do Executivo em relação ao Poder Legislativo.

Desta forma, cabe aqui a evidenciar o tamanho que tal cenário ocasionou na relação entre o Executivo e Legislativo, para que na sequência possamos seguir com a análise das consequências inescapáveis e inevitáveis que se operacionalizou no Brasil atual, e aproveitando para comparar os efeitos que a EC 32 ocasionou na tentativa de minimizar tal problema:

Gráfico 1 - Número de MPs originais editadas no período de 1988 a 2010, por ano

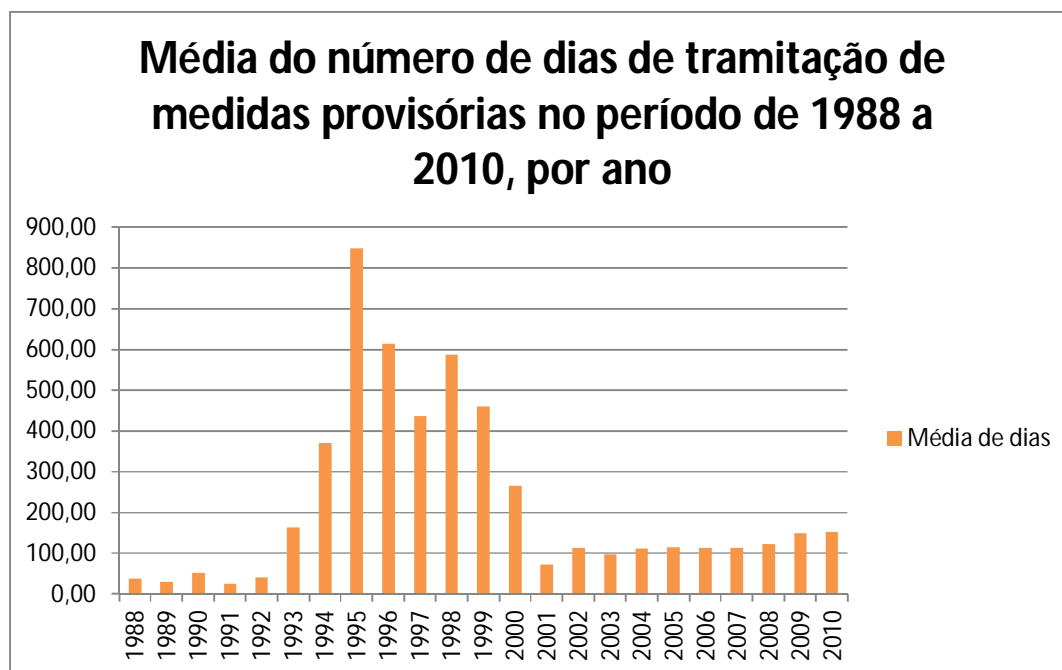
Fonte: Banco de dados legislativos Cebrap.



Aqui observamos a discrepância na utilização de tal instrumento legal constitucional por todos os detentores do Poder Executivo, independentemente de sua ideologia partidária, tendo sido no presente levantamento, inclusive, desconsiderada as reedições, que também ocorreram de forma, no mínimo, abusiva, quando esta era permitida antes da edição da Emenda Constitucional nº 32 de 11/09/2001.

Já, neste segundo gráfico a seguir, no deparamos o quanto prioritário e impactante à agenda do Congresso Nacional são as edições da medida provisória, impedido que o Legislativo tome a frente de analisar os problemas do país e proponha medidas eficazes e estudos efetivos para solucioná-los, uma vez que seu tempo acabou sendo basicamente tomado integralmente para solucionar e obedecer as diretrizes e a agenda imposta pelo Executivo Federal.

Gráfico 2 - Média do número de dias de tramitação de medidas provisórias no período de 1988 a 2010, por ano



Fonte: Banco de dados legislativos Cebrap.

Com a edição da Emenda Constitucional nº 32/ 2011, o número de dias de tramitação cai bruscamente, o que no primeiro momento pode parecer bom, no entanto, vez

que com o impedimento “ad eternum” das republicações das medidas provisórias, ridicularizava a análise do Legislativo, tornando-a, muitas vezes, desnecessárias, vez que certa era a sua aprovação; no entanto, destaca-se que após EC 32 e com a obrigação de cumprimento do prazo concedido para que as duas casas legislativas analisem as medidas provisórias (45 dias depois da edição), sob pena de entrada em regime de urgência e o, conseqüente, trancamento da pauta de aprovações, evidenciou ainda mais o caráter impositivo por parte do Executivo e o desrespeito à Instituição do Congresso Nacional.

Na sequência, no terceiro gráfico, a prioridade que o Executivo e o Legislativo deram às medidas provisórias, demonstram a total subordinação do último para o primeiro.

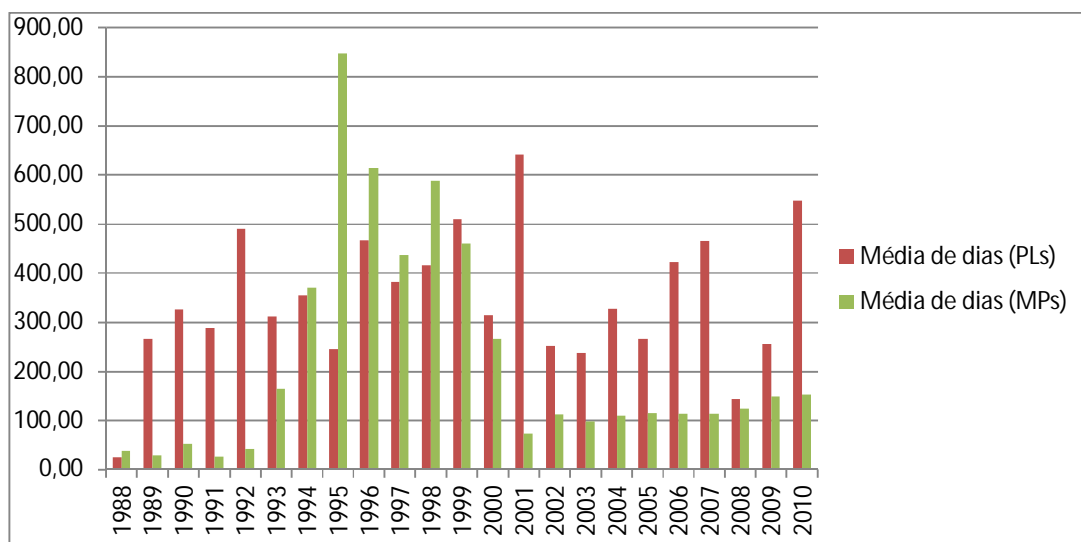
Durante todo período, ou seja, desde a institucionalização da medida provisória na Constituição Federal de 1988, o Poder Executivo sempre preferiu utilizar de tal instrumento para fazer valer o seu direito de legislar sobre a sorte dos temas mais variados possíveis, em detrimentos de outros instrumentos que requereriam uma melhor discussão interna do Congresso Nacional e que respeitariam aqueles que lá estão justamente para controlar os abusos praticados pelo Chefe do Executivo. Tais números, como se pode analisar no gráfico a seguir chegam a ser alarmantes, principalmente quando verificamos os anos 1990 (64%); 1994 (61%); 2003 (62%); 2006 (64%) e 2007 (67%), além de todos os demais anos constantes abaixo:

Gráfico 3 - Uso de MPs em relação ao total de iniciativas ordinárias do Executivo durante o período de 1988 a 2010, por ano:



E, para finalizar, esse quarto último gráfico, que segue abaixo, também fica evidente que as razões pelas quais a edição da emenda constitucional nº 32, prosperou as vantagens do executivo em relação ao legislativo brasileiro, ao remeter uma medida provisória ao congresso nacional, pois sob o risco de ter suas pautas trancadas, diante dos prazos ali constantes, a priorização para sua aprovação sem maiores estudos e discussões estão praticamente abolidas e aprovação se dá de maneira praticamente taxativa, senão desrespeitosa.

Gráfico 4 - Média do número de dias de tramitação de MP's e PL's urgentes (a partir da data de sua apresentação), por ano de 1988 a 2010.



Fonte: Banco de dados legislativos CEBRAP.

## **CAPITULO VI - O PROCESSO LEGISLATIVO**

Outro ponto que merece a devida atenção e que já foi objeto de destaque, neste estudo, como forma de solucionar a problemática aqui levantada diz respeito exatamente ao atrasado processo legislativo, ora vigente no Brasil.

Apesar de ser notória e sabida a participação do Poder Executivo no processo legiferante brasileiro, podendo ocorrer por meio de sanção ou veto, pela apresentação de proposições legislativas e também pela edição das já mencionadas medidas provisórias, a forma que com que o Congresso Nacional regulamenta os procedimentos para aprovação de leis, leis complementares, emendas constitucionais e tanto outros, o chamado processo legislativo, prejudica ainda mais as atividades do Congresso Nacional.

O que aqui se pretende denominar “processo legislativo” é a preparação de todos os atos do Poder Legislativo, sendo que o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que esse Poder não se incumbe somente de elaborar as normas previstas no art. 59 da constituição, possuindo outras funções variadas.

Assim, para o citado jurista, faltou ao Constituinte uma visão clara da sistemática dos atos normativos, com o que se denominou erroneamente o processo de elaboração das normas jurídicas.

O processo legislativo brasileiro está disciplinado pela seção VII do título IV da Constituição Federal, abrangendo 11 artigos.

De acordo com o art. 59 da CF, processo legislativo é o conjunto de regras que informa a elaboração de Emendas à Constituição, Leis Complementares, Leis Ordinárias, Leis Delegadas, Medidas Provisórias, Decretos Legislativos e Resoluções.

Além de estar previsto no texto constitucional, o processo legislativo está disciplinado pelos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e pelo Regimento Comum do Congresso Nacional, instrumentos que trazem diferentes espécies procedimentais para os distintos tipos de normas.



Considerando que todo processo possui um procedimento próprio, haja vista que procedimento é o rito realizado no decorrer de um processo, sendo que é aquele quem dá movimento e forma este, caberá a nós distinguirmos as diferentes espécies de procedimentos a que as proposições legislativas deverão percorrer.

Cada uma das espécies normativas apontadas no artigo 59 da Constituição possui particularidades quanto ao seu procedimento de elaboração, possuindo, também, alguns aspectos comuns.

O processo ordinário se compõe das seguintes fases:

1. Iniciativa – ato de apresentação da proposição;
2. Discussão – fase em que se debate sobre o conteúdo da proposição, analisando sua coerência e cabimento;
3. Votação – etapa em que há a deliberação dos parlamentares no sentido de aprovar-se ou arquivar-se a proposição;
4. Sanção ou veto – ato em que o Presidente da República concorda ou discorda do projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional;
5. Promulgação – ato em que se atesta a existência de uma nova lei;
6. Publicação – ação que dá publicidade à norma jurídica gerada, tornando seu cumprimento obrigatório.

É a partir da sanção que o projeto de lei ordinária se transforma em lei. Desse modo, a promulgação e a publicação, embora constem como fases do processo legislativo, tratam da lei já terminada e não em processo de feitura.

As Medidas Provisórias, Leis Delegadas, Emendas à Constituição, Decretos Legislativos e Resoluções possuem ritos legislativos especiais. Além deles, existe o procedimento legislativo abreviado, em que há a deliberação terminativa ou conclusiva do projeto nas Comissões das Casas Legislativas, e os procedimentos legislativos sumário,

sumaríssimo, concentrado e especialíssimo, a iniciar-se pela iniciativa - primeira fase deste processo legislativo, cujos agentes podem ser além do próprio Legislativo e do Executivo, como já se tem dito, podendo também ser o Poder Judiciário, assim como o Ministério Público e os cidadãos. Cada um deles tem legitimidade para propor projetos de leis sobre assuntos determinados pela Constituição.

Alguns desses assuntos são de iniciativa reservada, significando que somente poderão ser propostos pelo ente dotado de competência constitucional. Isso ocorre afim de que seja preservada a repartição das funções estatais e para resguardar a autonomia dos entes governamentais.

Uma vez desrespeitada a titularidade para a apresentação da proposta legislativa, ocorrerá a usurpação de iniciativa, o que acarreta inconstitucionalidade legislativa por vício formal insanável. Isso acontece inclusive quanto às matérias reservadas ao Presidente da República, se este sancionar a norma gerada. Desse modo, a sanção presidencial não convalida a usurpação da iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo. Isso se deve ao aqui objeto desta dissertação - princípio da tripartição do poder, do qual o princípio da reserva da iniciativa ao Chefe do Poder Executivo é corolário.

As emendas também são proposições acessórias que visam alterar o conteúdo de uma proposição principal. Tanto o poder de iniciativa quando o de emenda estão fortemente enraizados na distribuição de competências legislativas feita pelo texto constitucional. Esta, por sua vez, vincula-se intensamente ao princípio da divisão do poder e ao sistema de freios e contrapesos, indicando as interferências dos demais poderes no legislativo e a necessidade de preservação da autonomia dos órgãos estatais.

A Federação brasileira guarda a peculiaridade de contar com as esferas governamentais dita como autônomas: União, Estados, Distrito-Federal e Municípios – todos dotados de autonomia político-administrativa, o que faz com que eles tenham capacidade de auto-organização, de autogoverno, de autolegislação e auto-administração. No entanto, no que tange à capacidade de autolegislação é preciso atentar para o fato de que somente o ente federativo dotado de competência constitucional estará apto a legislar sobre determinadas matérias, o que reflete a versão espacial da divisão do poder, centrada no Federalismo. Por

consequente, se um ente da Federação apresentar projeto legislativo cujo assunto não esteja dentro de suas competências, haverá também usurpação de competências, o que por sua vez também gera inconstitucionalidade.

Já o poder de auto-organização dos entes da Federação está limitado pelos princípios estabelecidos na Constituição Federal. Consequentemente, as normas alusivas ao processo legislativo estabelecidas pela Lei Maior devem ser observadas por todos os entes da Federação, com vistas à manutenção do equilíbrio federativo, já que se referem às relações entre os Poderes. Isso decorre do princípio da simetria, insculpido nos artigos 25,29 e 32 da Lei Fundamental e no caput do artigo 11 do ADCT; sendo de observação obrigatória pelos entes federados as normas federais que versam sobre: a deliberação parlamentar, a sanção do Poder Executivo e sua superação por maioria qualificada; o disciplinamento de determinadas matérias por lei complementar; a iniciativa das leis, incluindo a iniciativa popular e as iniciativas reservadas; e as limitações à apresentação de emendas, aí compreendidas as emendas às leis orçamentárias.

As regras de iniciativa e de competência estão intimamente relacionadas ao princípio da divisão de poder. Trata-se de normas típicas do sistema de freios e contrapesos. De tal modo, elas devem ser adotadas obrigatoriamente pelas unidades da Federação, sendo que as regras federais sobre iniciativas privativas do Executivo e do Legislativo devem ser repetidas nos níveis Estadual, Municipal e Distrital. Com relação às competências do Poder Judiciário e do Ministério Público, sua obediência é imposta aos Estados, haja vista as particularidades dos Municípios e do Distrito Federal relacionadas ao assunto.

Vale ainda acrescentar que diante da autonomia conferida aos Estados, Municípios e Distrito Federal e do princípio da simetria, é possível a edição de medidas provisórias pelos entes federados. Entretanto, é preciso observar que as normas da lei maior que tratam do instituto devem ser seguidas. Logo, as medidas provisórias devem ser editadas pelos Chefes do Poder Executivo, em casos de urgência e relevância, sendo analisadas pelos competentes do Poder Legislativo, que podem aprová-las, rejeitá-las ou modificar seu conteúdo. Nos Municípios, as medidas provisórias só poderão ser utilizadas se houver previsão na Constituição do respectivo estado.

O processo legislativo nos entes da federação está profundamente centrado na divisão do poder, tanto em sua vertente orgânica, quando na espacial. A versão orgânica faz com que os legislativos da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal sejam os órgãos responsáveis pelos procedimentos legislativos, havendo aí a participação dos Executivos e dos Judiciários, como reflexo do sistema de freios e contrapesos. Quanto à versão espacial da divisão do poder, é ela que dita os moldes em que se dará a repartição de competências legislativas, delimitando a área de atuação de cada ente Federativo.

Lembre-se aqui que ao final de cada legislatura todas as proposições serão arquivadas, salvo se já tiverem obtidos pareceres favoráveis de todas as Comissões a que tiverem sido distribuídas, se já aprovadas em turno único, ou em primeiro ou segundo turno, se aprovadas pelo Senado ou dele originárias, de iniciativa popular, de iniciativa de outro poder ou do Procurador-Geral da República (art.105, RICD).

De acordo com o que já foi dito, o artigo 59 da CF estabelece que o processo legislativo compreende a elaboração de Emendas à Constituição, Leis Complementares, Leis Ordinárias, Leis Delegadas, Medidas Provisórias, Decretos Legislativos e Resoluções.

No entanto, e como tratamos aqui das questões relativas a influência do Poder Executivo em tal processo legislativo, interessante destacar o procedimento a que se sujeita a medida provisória.

Nas palavras de Cretella Júnior<sup>63</sup> “medida provisória mais é do que o terceiro degrau de uma escada que começa, em 1937, como o decreto-lei”. Para o jurista, ela “é o decreto-lei democratizado, sem as conotações autoritárias do período de exceção, em que nasceu e foi modelado o instituto”.

A medida provisória se torna obrigatória a partir de sua publicação, pelo Presidente da República, devendo ser convertida em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável

---

<sup>63</sup>CRETELLA JÚNIOR, José. **Elementos de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 2715.

uma única vez, por igual período. Durante este prazo, a medida provisória deverá ser convertida em lei, sob pena de perda de eficácia, ressaltando-se que nos períodos de recesso do congresso nacional a contagem de prazo fica suspensa.

Por esse motivo é que Celso Bastos afirma que as medidas provisórias não se aprovam por decurso de prazo, mas sim expressamente pelo Congresso Nacional. Para o doutrinador, “outra grande vantagem em relação ao decreto-lei: é que, se não aprovadas, as medidas provisórias perderão sua eficácia desde o momento de sua edição, não deixando marcas da sua passagem pelo universo jurídico.”<sup>64</sup>

A votação da medida provisória começa sempre na Câmara dos Deputados, uma vez que a sua iniciativa cabe exclusivamente ao Presidente da República. Se houver modificação de seu teor naquela Casa, a matéria passará a denominar-se projeto de lei de conversão, o qual deverá ser apreciado pelo Senado e enviado à sanção presidencial. Caso o Senado modifique o projeto de lei de conversão, a Câmara dos Deputados será chamada a apreciar as modificações.

Se a medida provisória não for apreciada em até 45 dias da sua publicação, ela entrará em regime de urgência, impedindo que qualquer outra matéria seja votada em ambas as Casas, até que se ultime sua votação.

O artigo 62, §9º, da CF determina que as medidas provisórias sejam analisadas por uma Comissão Mista de Deputados e Senadores, a qual proferirá Parecer que será votado pelo plenário de cada uma das casas do Congresso Nacional. Entretanto, isso não ocorre na prática, de modo que na grande maioria das vezes o Relator profere seu Parecer em Plenário, tanto na Câmara dos Deputados, quanto no Senado Federal.

Há, também, previsão constitucional de que a apreciação da medida provisória (art. 62, §5º, CF), o que costuma ocorrer também nas sessões deliberativas do Plenário da Câmara e do Senado.

---

<sup>64</sup> SILVA, op. cit., p. 362.

As medidas provisórias são utilizadas para legislar sobre matérias que poderiam ser disciplinadas por meio de lei ordinária, de modo que possuem status de lei ordinária. Assim, com sua entrada em vigor, elas suspendem a eficácia dos atos normativos de teor conflitante e que sejam hierarquicamente equivalentes ou inferiores às leis ordinárias, ressaltando que elas somente revogarão os atos normativos com ela conflitantes, se forem aprovadas definitivamente e convertidas em lei. Enquanto isso não ocorrer, os atos normativos conflitantes permanecerão suspensos.

Alguns assuntos não podem ser disciplinados por medida provisória, conforme disciplina o art. 62, §1º, da Constituição Federal, in verbis:

*§ 1. É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:*

*I – relativa a:*

*a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;*

*b) direito penal, processual pena e processual civil;*

*c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;*

*d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, §3;*

*II – que vise à detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;*

*III – reservada a lei complementar;*

*IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.*

Quanto às medidas provisórias que impliquem instituição ou majoração de impostos, exceto aqueles que podem ser alterados por ato do executivo, elas somente produzirão efeitos no exercício financeiro seguinte se houverem sido convertidas em lei até o último dia daquele em que foram editadas (art. 62, §2º, da CF). Ademais, não poderá ser reeditada, na mesma sessão legislativa, a medida provisória rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo; tendo ficado aprovado todas as medidas provisórias editadas

anteriormente à publicação da EC nº 32/2001 até que outra medida provisória as revogue ou até que o Congresso Nacional delibere nesse sentido.

O instituto da medida provisória com força de lei foi concebido no direito constitucional brasileiro para ser adotado em situações extraordinárias e quando houvesse relevância e urgência, respondendo o estado com eficácia e rapidez quando chamado à prestação legislativa. Todavia, na prática, tornou-se a principal forma de legiferação pelo Executivo e não pelo Legislativo. Sem que houvesse indicativo sobre critérios objetivos para precisar “relevância” e “urgência”; e sem limites materiais constitucionalmente expressos para editar medida provisória, o Executivo, aproveitando-se desse instituto inteiramente novo na ordem constitucional brasileira, utilizou-o, no início, indiscriminadamente, como verdadeira carta branca para editar normas com força de leis.

Na prática, o Poder Legislativo brasileiro tem se ocupado essencialmente de apreciar matérias legislativas de interesse e iniciativa do Executivo, que detém primazia quanto a prazos e tramitação, o que distorce a divisão orgânica das funções estatais.

Atualmente, os projetos de iniciativa do Poder Executivo podem tramitar em regimes de urgência, ocasião em que terão prazo de 45 dias para tramitar em cada uma das Casas. Iniciados na Câmara dos deputados, se forem emendados no Senado Federal, os projetos de lei retornarão à Câmara, que terá dez dias para apreciá-las. Se os prazos não forem obedecidos, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva casa, exceto as que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação. Essa prerrogativa contribui para preeminência do executivo no que tange à feitura das leis.

Hoje os requisitos estão sujeitos unicamente ao arbítrio do Poder Executivo, pois são “dois fundamentos de natureza puramente axiológica, resultado de juízos de valor, diante dos fatos da vida constitucional do país”.<sup>65</sup>

É comum a queixa feita pelos senadores de que as medidas provisórias ou seus respectivos projetos de lei de conversão já chegam ao Senado com todos os prazos

---

<sup>65</sup> CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 2.715.

ultrapassados, de modo que ficam sobrestadas todas as proposições em tramitação naquela casa; isto tem feito com que não haja tempo hábil à negociação dos dispositivos contidos na medida provisória, que acaba sendo aprovada “a toque de caixa”, o que vem causando insatisfação dos membros daquela Casa.

É de fundamental importância que alguns critérios inerentes à medida provisória sejam revistos, pois vivenciamos um período de ampla democracia, sendo injustificada, nos tempos atuais, a desmedida utilização de um instrumento que guarda resquícios do autoritarismo.

Importante, também, serem criados mecanismos capazes de agilizar a tramitação das proposições legislativas, a fim de que o Poder Legislativo possa obter a rapidez que falta atualmente.



## **CAPÍTULO VII - A MEDIDA PROVISÓRIA NO BRASIL E A LEGISLAÇÃO DE URGÊNCIA NO DIREITO ESTRANGEIRO.**

**A legislação de urgência se caracteriza pela atribuição prévia e genérica, proveniente da Constituição ao Executivo, do poder originário de inovar a ordem jurídica, o que se dá por meio de ato com eficácia imediata e precária. Sempre dotados de força de lei e inegavelmente fontes do Direito, podendo variar da seguinte forma:**

- a) Quanto á fonte ou veículo da sua produção (em geral um decreto);
- b) Quanto ao prazo concedido para manifestação do Legislativo, etapa indispensável na normalidade democrática;
- c) Quanto ao efeito do decurso do prazo (aperfeiçoa ou retira a eficácia do ato legislativo urgente);
- d) Quanto à abrangência ou conteúdo da delegação (há ou não limites materiais e quando os há são variados);
- e) Quantos aos sujeitos autorizados a editarem os atos (apenas o chefe do Executivo singularmente ou dependendo da aquiescência dos demais integrantes do governo); e
- f) Quando aos sujeitos autorizados a controlar e as formas de controle do exercício deste poder delegado.

Dentro da tradição continental europeia, onde se inserem a América Latina e, em particular, o Brasil, a estabilização de uma formação econômica e social baseada no modo de produção capitalista, a partir do século XX, levou ao predomínio do ato legislativo no sistema de fontes de direito condicionando e limitando o emprego do costume e da jurisprudência; estes foram relegados a um papel subsidiário. Ao mesmo tempo, houve o deslocamento do eixo da discussão, a propósito das fontes de produção normativa, para as constituições. São as disposições constitucionais de cada ordenamento positivo que desvendam os meios de revelação do que é Direito, assumindo a figura de fonte de conhecimento primária e que as legitimam ou as autorizam criadoras do direito histórico. Cabe ao Poder constituinte identificar as fontes do direito no sistema que inaugura,

estabelecer os critérios de validade, eficácia e hierarquia das normas produzidas pelas várias fontes, e individualizar as competências normativas.

Nas últimas décadas, houve primeiro a alteração do sentido de lei, alargado para abrigar atos normativos não necessariamente emanados do Parlamento e nem sempre com uma carga de generalidade e abstração acentuadas e, em segundo lugar, houve um declínio do seu papel dentro do sistema.

O Executivo é mais sensível a estas demandas que proveem das corporações económicas transnacionais, e convém que os interesses de tais grupos sejam subtraídos dos debates travados no Legislativo, que reflete os grupos nacionais. Ao mesmo tempo, o fortalecimento do papel do juiz, no exame do caso concreto, dá margem a uma maior adaptabilidade das normas, favorecendo um tratamento diferenciado, exigência do pluralismo e do reconhecimento da desigualdade material; porém, como a técnica de julgar se legitima pelo respeito à forma jurídica, precisa ser motivada e precisa, há de ser coerente com o sistema local em que o julgador está inserido, as suas soluções também não satisfazem plenamente aquela aspiração globalizadora.

O Executivo, pelo menos num ambiente democrático, deve lealdade aos grupos sociais internos dos quais depende para manter-se no Poder. Este cenário favorece o surgimento de Agências Reguladoras com poder normativo, como alternativa ao governo (no sentido de segmento representativo do Executivo) e a conciliação e a arbitragem, como alternativas ao Judiciário.

A regulamentação, ditada por uma racionalidade que não se volta para o entendimento, vai ser sistematizada por instâncias relativamente independentes do sistema representativo, mais maleáveis a interesses parciais (corporativos) e por esta razão, menos democráticas.

Os atos legislativos – editados pelo Executivo, a exemplo da medida provisória, permanecem sendo a principal fonte do direito brasileiro. No cenário democrático a legislação de urgência não dispensa exame legislativo, a despeito da sua eficácia imediata.

O modo como os órgãos constitucionais se relacionam, o regime político e a dinâmica de acesso ao poder político e de seu exercício o influenciam diretamente. Sempre que a atividade política exprime a dominação de um grupo amplamente hegemônico, o processo legislativo tende à automação e perde importância. Quando há espaço para heterogeneidade, a atividade política será polêmica e contraditória, exigindo um processo mais elaborado que dê conta da composição dos conflitos explicitados.

Nas democracias pluralistas a percepção da relevância do procedimento de elaboração legislativa e a expansão do constitucionalismo levaram a um deslocamento da matéria, antes circunscrita aos regimentos das Casas Parlamentares, para o texto constitucional. A Constituição passou a reger, além da iniciativa, também o modo de deliberação, de controle e de integração do ato legislativo.

De fato, nos estados democráticos de direito o processo legislativo assume grande importância, pois as sociedades modernas buscam organizar-se servindo-se do direito, na condição de meio de realização de valores como democracia e justiça, e este instrumento, o direito, é justificado em razão do processo de produção de normas estabelecido na Constituição, processo no qual a forma jurídica moderna e o princípio democrático se integram.

As Constituições estrangeiras, na sua maioria, atribuem ao Executivo o poder de ditar atos normativos, apenas autorizando-o a expedir regulamentos sem força de lei ou permitindo a produção de ato com força de lei e também, admitem a delegação legislativa, precedida de lei autorizando e traçando os parâmetros (matéria, bases, extensão e duração) do poder delegado<sup>66</sup>.

O fenômeno da delegação legislativa, condicionada pelo Parlamento, igualmente presente no constitucionalismo europeu do pós-guerra e, no Brasil desde a Emenda Constitucional nº 04, de 1961, não será objeto de análise, porque não exprime propriamente urgência legislativa e, principalmente, porque não corresponde nem às medidas provisórias brasileiras nem ao *decreto-lege* italiano.

---

<sup>66</sup> Art. 68 da CRFB. No estrangeiro: art. 76 da Constituição da Itália, art. 82 da Constituição da Espanha, art. 39 da Constituição da França e art. 165 da Constituição Portuguesa.

A Lei fundamental alemã de 1949, nos seus artigos 81 e 68, trata da legislação de urgência de um modo peculiar, autorizando o presidente a declarar estado de necessidade legislativa quando uma proposta considerada urgente pelo governo foi rejeitada pela assembleia e esta se encontra no processo de dissolução ou quando o Conselho Federal solicitou voto de confiança do parlamento na apreciação da matéria objeto de proposta legislativa. O projeto é novamente apresentado após o decreto do estado de emergência legislativa e será considerado aprovado, automaticamente, caso não haja novo exame da assembleia em até quatro semanas, ou por deliberação do conselho federal, no caso da proposta vir a ser novamente rejeitada.

A Constituição da Espanha de 1978, no artigo 86 prevê a publicação de diplomas legislativos provisórios veiculados por meio de decreto-lei com reserva material, já que não poderão ferir as instituições básicas do estado, direitos fundamentais dos cidadãos, matéria eleitoral e o regime de autonomias regionais. A publicação destes atos normativos provisórios pressupõem, segundo exigência expressa, a ocorrência de caso de necessidade extraordinária e urgente.

A Constituição da República da França de 1958, nos artigos 38 e 16, reconhece ao Presidente, em questão de emergência e vinculado ao objetivo de assegurar aos poderes públicos meios de desempenharem a sua missão em espaço de tempo o mais curto possível, autorização para adotar as medidas exigíveis pelas circunstâncias e, ao governo, a possibilidade de obter do parlamento autorização para tomar medidas normalmente reservadas ao domínio da lei, com eficácia desde a sua publicação, porém sujeitas à caducidade se não submetidas ao legislativo no prazo fixado no ato de autorização. Estas medidas são veiculadas pelas “*ordonnances*”.

A Constituição portuguesa revisada em 1978, em seu artigo 198, admite expressamente a competência legislativa do governo, sem vincular a autorização, para tanto, a estado de urgência. Os decretos-lei, veículos para o exercício da função legislativa, por parte do Governo, e as leis, atos legislativos próprios da assembleia da República, tem igual valor, sem prejuízo da subordinação às leis dos decretos-lei editados por delegação legislativa expressa ou que se desenvolvam as bases de regimes jurídicos previamente fixados. Os atos

legislativos que fixam os princípios ou bases do regime jurídico a ser alinhavado pelo governo são as chamadas leis de base ou de princípios.

Conforme anotou Canotilho<sup>67</sup>:

*Tratando-se, como se trata, de leis consagradoras dos princípios vetores ou das bases gerais de um regime jurídico, deixando a cargo do Executivo o desenvolvimento destes princípios ou bases, as leis de bases reconduzem-nos ao conceito clássico de lei, pois como assinala Cotteret se revaloriza a lei que se tornou de novo geral e impessoal.*

Em Portugal, a Constituição traça os contornos da produção do direito regulando em minúcia a repartição de competência entre os órgãos constitucionais, nos artigos 161, 162, 164 e 165. Nesta linha distingue a competência política e legislativa da assembleia, que inclui o poder de fazer leis da competência de fiscalização, que abarca o poder de apreciar, para efeito de cessação de vigência ou alteração, os decretos-lei. E, principalmente, relaciona as matérias que constituem reserva absoluta de competência legislativa da assembleia, pouco mais de duas dezenas de temas, que vão de eleições até o regime de apoio da Presidência da República, indelegáveis, e matérias de reserva relativa, delegáveis ao governo, um elenco ainda maior que vai do estado e capacidade das pessoas até o regime e forma de criação das polícias municipais.

A competência legislativa do governo, por sua vez, inclui as raras matérias não reservadas à assembleia, as que sendo de reserva relativa dependem de autorização desta, além do poder de detalhar normas gerais traçadas em lei, devendo o decreto-lei, nos caso de matéria autorizada ou regulamentar, indicar a lei delegante ou a lei de bases legislativa exclusiva confiada ao governo, no que se refere à sua própria organização e funcionamento. (artigo 198 n.º 2)

A Constituição Portuguesa, nesta linha analítica delinea o procedimento destinado à tramitação dos decretos-lei, permitindo que a assembleia suspenda,

---

<sup>67</sup> CANOTILHO, op. cit.

no todo ou em parte, a vigência do ato submetido à apreciação e objeto de proposta de alteração, até a publicação da lei de conversão ou rejeição da proposta.

A Constituição da Argentina revista em 1994, atendendo um processo de redemocratização após um longo regime autoritário, apesar de proclamar enfaticamente a cláusula da indelegabilidade da produção das normas (artigo 76) e declarar a nulidade de disposições com caráter legislativo emanadas do poder executivo, admite, em circunstâncias excepcionais, que impossibilitem o trâmite ordinário das iniciativas de lei, que o Chefe do Executivo, ouvidos os Ministros integrantes do governo e inspirado em razões de necessidade e urgência, baixe decretos normativos, obrigatoriamente submetidos a uma Comissão Mista Permanente do Legislativo (artigo 99); no entanto, há limites materiais expressos subtraídos da atribuição de Poder Legislativo ao Executivo.

A Constituição Política da Colômbia de 1991 vincula, explicitamente, o poder de editar normas concedidas ao Executivo, a estado de exceção (art.215). O Presidente em conjunto com todos os Ministros, pode editar decretos com força de lei nos casos de estado guerra, de comoção interna ou apenas em estado de emergência. A vigência de tais atos será de trinta dias prorrogáveis até o limite de 90 dias; no entanto, é de se lembrar que a Colômbia vive um processo de conflito interno grave, encontrando-se com frequência em estado de exceção, tendo permanecido em situação de anormalidade constitucional (ao menos em parte do território), por mais da metade das últimas três décadas.

A Constituição Política da República do Chile de 1980, reformada em 1997, apenas admite poder o Presidente da República ditar decretos com força de lei por delegação do Congresso Nacional. Cabe ao próprio Chefe do Executivo solicitar a autorização e submeter o ato normativo delegado ao Controlador Geral da República, um órgão autônomo de fiscalização, encarregado entre outras funções de zelar pelo respeito aos limites da delegação legislativa. Nos casos de controvérsia, o presidente pode insistir na edição da norma submetendo-a ao Tribunal Constitucional.

Na mesma linha situa-se a constituição da República Bolivariana da Venezuela de 1999, que adota um modelo original de organização dos poderes ao reconhecer lado a lado com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário os poderes cidadão e eleitoral,

limitando a possibilidade do Presidente, Chefe do Executivo, editar decretos com força de lei aos caso de prévia delegação do poder legislativo.

Observando as Constituições dos Estados surgidos ou reformados no leste europeu, a partir dos anos 90 do século passado, numa região de intensas e recentes transformações, influenciadas pelo ideário democrático ocidental, percebe-se que a legislação urgente foi pouco adotada. As Constituições da República Tcheca de 16/12/1992 (arts. 78 e 79), da República da Eslováquia, de 01/09/1992 (art. 120) e da República da Bulgária, de 12/07/1991 (art. 114) não conferem poder de legislar ao Executivo que, por força de norma expressa, está limitado a regulamentar as leis. A Constituição da Federação Russa, de 12/12/1993, mesmo concedendo amplos poderes ao Presidente da Federação, tais como o de arbitragem de conflitos entre órgãos do poder executivo e entre entes federados e o de suspender a vigência de atos do executivo dos componentes da federação, até o futuro exame judicial, quando os julgar contrário à constituição e aos direitos e garantias fundamentais, admite apenas, expressamente, a expedição de decretos regulamentares.(arts.85, 1 e 2; 115, 3 e 90).

As Constituições da República da Hungria, de 1949, reformada em 1997, no seu artigo 35, incisos 2 e 3, e da República da Eslovênia, adotada em 1991 e emendada em 1997 e 2000, no artigo 108, admitem decretos com força de lei, contudo apenas em situações de exceção, estados de perigo ou emergência formalmente reconhecidos. A constituição da Croácia, adotada em 1990, além de também prever decretos presidenciais com força de lei em estado de emergência, tal como previsto no artigo 101 desta carta, permite delegação de poder normativo ao Presidente da República, com limite de matérias e prazo de eficácia não superior a um ano (art. 88). A Constituição da Polônia, adotada em abril de 1997, optou pelo modelo das leis quadro, por meio das quais pode ser concedida faculdade legislativa ao Presidente da República, como consta nos artigos 92 e 142.

## **7.1. O DECRETO-LEGGE ITALIANO**

No que tange à Itália, o Estatuto Albertino, assim conhecido em homenagem a Carlos Alberto, Rei do Piemonte, datado de 1848, que foi concebido durante o

ressurgimento para reger o reino sardo-piemontês e depois veio a ser adotado como a primeira Constituição do Reino da Itália unificado, em 1870 – com a tomada de Roma –, vedava a edição de decretos-lei. No artigo 6º, ao autorizar o Rei, na condição de chefe do poder executivo, a expedir decretos e regulamentos necessários para execução das leis, advertia que o fizesse sem suspender-lhes ou dispensar-lhes a observância. Porém, já em 27 de maio de 1848 era adotado o primeiro decreto legge<sup>68</sup>.

A partir do *Reale Decreto-legge* nº 3.811, de 1º de dezembro de 1859, os atos do executivo, com força de lei, propostos pelo governo e apresentados pelo rei, passaram a conter cláusula expressa determinando sua apresentação e exame pela câmara, para conversão em lei. A despeito da restrição constitucional, os governos que se sucederam fizeram uso frequente do artifício, inaugurando um costume constitucional. Centenas de decretos-lei chegaram a ser convertidos em lei num mesmo ato legislativo.<sup>69</sup>

O repúdio à admissibilidade dos *decreto-legge* era centrado no referido artigo 6º, que reproduz o artigo 13 da Constituição Francesa de 1830. Sustentava-se que a Constituição Francesa, ao dispor sobre a edição de decretos, alterou a disposição análoga do texto de 1814, fazendo inserir a reserva de observância das leis, exatamente para banir tais pontos que tratam da urgência, prática adotada pelo Rei Carlos V. O Estatuto trazia disposição transitória consentindo o exercício de poder legislativo, pelo rei, em caráter de exceção, apenas até o início dos trabalhos da primeira Câmara dos Deputados (artigo 82).

Predominou na doutrina o reconhecimento da admissibilidade e da constitucionalidade dos *decreto-legge*, com diversos fundamentos:

a) Quanto ao texto constitucional e à comparação com a sua fonte inspiradora na França, arguia-se que, diferentemente do artigo 13 da Carta Francesa, no artigo 6º do Estatuto não foi usado o advérbio jamais. O termo foi empregado no projeto que resultou no Estatuto Albertino, porém acabou suprimido durante a elaboração constitucional. Foi igualmente aduzido que o texto constitucional impedia contrária norma legal, todavia, não impedia a inovação legislativa. Por fim, ainda quanto às disposições estatutárias, sustentou-se

---

<sup>68</sup> VIESTTI, Giuseppe. **Il decreto-legge**. Napoli: Casa Edotrice Dott. Eugenio Jovene, 1967. p. 21.

<sup>69</sup> VIESTTI cita como exemplos as Lei 2293, de 15/10/1923 e 473, de 17/04/1925.



que a reserva de Poder Legislativo ao Rei, pelo artigo 82, em uma situação transitória, expressava um poder implícito de legislar em situações excepcionais.

b) Alguns justificavam a prática como resultado de um consenso entre poderes, presumido na aceitação dos atos pela maioria parlamentar, atitude esta constitutiva de uma delegação implícita de poder de legislar, compatível com a responsabilidade que o governo tem perante a câmara no parlamentarismo. A provisoriedade do ato, sujeito à condição resolutiva – necessidade de ratificação parlamentar - preservaria a autoridade do legislativo.

c) Outros amparavam a hipótese com argumentos políticos de utilidade, fruto de uma exigência institucional iminente no ordenamento, impregnada na consciência jurídica coletiva, suficiente para adquirir força de norma de direito costumeiro.

d) Havia também justificativas de ordem dogmática com recursos a institutos estranhos ao Direito Constitucional, tais como a gestão de negócios (o Executivo atuaria como curador dos interesses do parlamento em face da omissão do próprio interessado); legítima (o Executivo agiria formalmente contra a lei na tutela de interesses públicos ameaçados por injusta agressão) ou estado de necessidade (situação de perigo não causado pelo Governo – expressamente referida na Lei nº 297, de 17/07/1898).

De um modo ou de outro, independentemente da justificativa, havia um entendimento predominante na doutrina e acompanhado pela jurisprudência de que o ordenamento jurídico abrigava um princípio geral, atribuindo ao Executivo a competência excepcional de substituir o Legislativo nos casos urgentes.

Com o fascismo chegando ao poder, a direção política do governo se desloca do Rei ao Primeiro-Ministro e a Câmara dos Deputados, conseqüentemente, perde legitimidade. Neste contexto político de subserviência do legislativo, a Lei nº 100, de 31 de janeiro de 1926, formaliza a atribuição do Executivo de produzir normas, com forças de lei e eficácia imediata, em termos bastante próximos ao que depois viria a se consolidar, ou seja, bastando o reconhecimento de casos extraordinários de necessidade e urgência e ressalvada a obrigação de submeter o “*decreto-legge*” ao Parlamento para conversão em lei, sob pena de

decadência na hipótese de não-aprovação e três sessões legislativas a partir da publicação. Os decretos-lei passam a ser a fonte rotineira de produção de normas.

O próprio estado fascista buscou uma aparência de normalidade, tanto que, no artigo 18 da Lei nº 129, de 19/01/1939, por meio da qual foram instituídas a “*Camera dei Fasci e a Camara delle Corporazioni*”, a atribuição de expedir decretos-lei foi limitada a estado de necessidade, causado pela guerra, ou para atender a medidas urgentes de caráter financeiro, ainda amparado na necessidade extrema como fonte de produção jurídica.

Próximo ao final da Segunda Guerra Mundial, a partir de julho de 1943, durante a ocupação alemã, a Coroa resolve retomar o poder, destitui o governo fascista e recorre a decretos-lei para reformar as instituições. Suprime a *Camera dei Fasci* e prevê a eleição de uma nova Câmara dos Deputados até quatro meses depois do fim da guerra, dissolve o Grande Conselho do Fascismo, o Partido Fascista, a Milícia Fascista, organizações Corporativas e o Tribunal especial de Defesa do Estado entre outras instituições da ditadura, sempre por meio de decretos-lei, que sequer foram submetidos à Câmara, já que esta foi dissolvida.

O *decreto-legge* nº 451, de 25 de junho de 1944, estabeleceu uma espécie de Constituição Provisória, convocou uma assembleia constituinte para tão logo viesse a ser recuperada a independência territorial prevendo que, até a instalação do novo parlamento, as providências com força de lei seriam deliberadas pelo Conselho de Ministros e promulgadas pelo rei, o que vigorou até a proclamação da República em 9 de maio de 1946. O mesmo se deu com os atos legislativos do governo provisório entre a proclamação da República e a promulgação da constituição de 1947, todos fonte normativa primária e excepcional.

A Constituição Republicana foi votada a partir de um projeto elaborado por uma comissão de 75 deputados, subdividida em três subcomissões, uma delas encarregada da organização do Estado, onde foi discutida a manutenção ou supressão do poder de legislar tradicionalmente reconhecido ao executivo. A proposta da subcomissão vetava categoricamente a adoção de *decreto-legge*. Durante os debates constituintes muitos deputados defenderam a preservação do instrumento, devidamente delimitado, em particular

alegando que a experiência revelava que por vezes a necessidade e urgência são tais que o Executivo termina por legislar, independentemente de reconhecimento expresso desta atribuição. Outros se opunham alegando que o requerimento de urgência no processo legislativo bastava para suprir a necessidade de decisões rápidas. Vencedora a posição favorável, coube à Comissão de Redação formular o texto que resultou o artigo 77 ainda vigente.

O resgate do modo como o decreto-lei evoluiu no constitucionalismo italiano demonstra que o seu surgimento não correspondeu à adesão racional a um modelo de uso supostamente generalizado, como poderia sugerir erroneamente, o fato de diferentes países da Europa latina admitirem formas de legislação de urgência. Ao contrário, atendeu a peculiaridades nacionais. Primeiro, sob as condições excepcionais da luta pela unificação do Reino, depois e ironicamente, servindo tanto ao projeto fascista quanto à luta pela sua superação.

Quando a Constituição republicana de 1947, convocada por um decreto-lei legitimou o seu emprego, diferente do Constituinte brasileiro, estava chancelando um costume constitucional; também, merece realce o fato de que, na dinâmica parlamentarista italiana, o emprego de fontes normativas delegadas ao executivo resulta comum, além do decreto com força de lei, são comuns as leis delegadas, sem contar com os decretos meramente regulamentares.

Os decretos-lei são expedidos na Itália pelo Presidente da República (artigo 87, 5º), subordinados a pressupostos de justificação genéricos, às situações extraordinárias de necessidade e urgência. A iniciativa de adotá-los, porém, foi reservada ao governo encarnado no órgão de deliberação colegiada que é o Conselho de Ministros. Tais atos devem ser submetidos à Câmara no mesmo dia da sua edição e perdem eficácia, desde a origem, caso não venham a converter-se em lei em até 60 dias. No caso de caducidade, o Parlamento tem a faculdade de regular por lei as relações jurídicas decorrentes do *decreto-legge* não aprovado.

Na doutrina italiana houve quem defendesse que a Constituição limitou-se a disciplinar as fontes primárias com valor de lei, o que significaria aquela dotada de força

passiva (capaz de afastar a eficácia de norma pretérita), não impedindo outros atos com força ativa (inovando sem contraposição a norma anterior), em particular atos emanados de autoridades locais ou regionais. Todavia, como:

1) A constituição reserva ao parlamento a função de legislar (art. 70), com exceção apenas do *decreto-legge* e das *leggi delegate*, em caráter excepcional e delegado, e

2) Força e valor de lei usualmente expressam a eficácia formal da lei em seu duplo aspecto positivo da força de lei, é atribuição exclusiva dos entes governamentais, mesmo assim nas hipóteses previstas nos artigos 76 e 77.

A redemocratização conteve por algum tempo o emprego indiscriminado da legislação urgente. O fenômeno de abuso só recomeça na década de 70, tornando-se agudo quando em 1993, o número dos *decretos-leggis* ultrapassa o número de leis.

Segundo Lívio Paladin<sup>70</sup>, a praxe italiana considerava globalmente cada legislatura até o fim dos anos oitenta para efeito de estatística legislativa. Foram editados 126 decretos-lei entre 1972 e 1976, a sexta legislatura. 167 na sétima, 275 na oitava e 296 na nona. A partir de então se passou a contagens anuais: 259 decretos-lei em 1993, 336 em 1994. 71 das 177 leis adotadas em 1993 eram conversões de decretos-lei, no ano seguinte 84 das 163 leis aprovadas convertiam decretos-leis.

A Constituição italiana prevê três diferentes formas de controle das condições e pressupostos fixados para adoção de decretos-lei pelo Governo: o Parlamento, o Presidente da República, ou a Corte Costituzionale. O controle pelo Parlamento, como é óbvio, resulta da aplicação das regras sobre a lei de conversão (art. 96 do Regimento do Senado e 76 do Regimento da Câmara) e da Lei nº 400, de 1988, que fixou princípios para adoção de decretos-lei; além do mais, como se trata de um regime parlamentarista, o Executivo pode ser responsabilizado politicamente por seus atos, inclusive pelo modo com que exerce a atribuição legislativa de urgência.

---

<sup>70</sup> PALADIN, Livio. **Diritto Costituzionale**. Padova: CEDAM, 1998. pags. 193-194.

Não existe norma expressa, porém, admite-se por analogia ao artigo 74 da Costituzione o instrumento da devolução (*riinvio*) com pedido de reexame do Presidente ao governo. Levando-se em conta que cabe ao presidente a expedição dos decretos-lei aprovados pelo governo, na prática a hipótese ou a recusa explícita do presidente nunca aconteceu.

Houve casos de manifestação de inconformidade, relatados por Romboli, sob a Presidência de Sandro Pertini. Em 30/05/96 o Presidente Oscar Scalfaro dirigiu uma carta ao Presidente do Conselho de Ministro Romano Prodi questionando o abuso da legislação de urgência. A postura reservada do Presidente no Regime parlamentar italiano se justifica em parte pela preocupação de imparcialidade, afinal a responsabilidade da ação do decreto-lei é do governo (artigo 77) e o controle e deliberação caberá ao parlamento no exame da conversão em lei.

Destaque-se que por se tratar de fonte normativa, dotada de força de lei, os decretos-lei são passíveis de controle de constitucionalidade. A jurisdição constitucional na Itália é concentrada. Cabe à Corte Constitucional italiana, como será explicitado adiante, fiscalizar se a conformidade constitucional teve limites em virtude:

a) Dos requisitos do processo constitucional quanto ao tempo e ao modo de exercer controle abstrato sobre leis e atos com força de lei; e

b) da posição inicialmente sustentada pela doutrina de que o exame da presença das condições de necessidade e urgência representariam exame de mérito e a corte só examina vício de legitimidade. Neste sentido, a falta da necessidade e urgência integram um vício de legitimidade e não de mérito. O primeiro aspecto foi por muito tempo um obstáculo sério ao controle pela corte. O tempo de tramitação da ação na corte superava em muito a 60 dias. A solução só foi viável com a teoria da transferência da questão constitucional.

Um traço característico desta modalidade de produção jurídica vem a ser o reconhecimento de força de lei ao ato normativo que resulta da manifestação urgente autorizada ao Executivo, o que diz respeito à eficácia do ato; também é possível falar em

valor de lei, no sentido de submissão a regime jurídico idêntico aos das leis, tanto do ponto de vista hierárquico quanto em relação ao modo de exercer o controle de constitucionalidade.

A expressão “força de lei”, uma forma particular de eficácia da fonte do direito, além de evidentemente distinguir o ato normativo, resultante da providência legislativa urgente, da lei, em sentido formal, exprime a relação do ato emanado da autoridade constitucional com as condutas concretas dos indivíduos e grupos de sociedade e com as demais normas do ordenamento jurídico. Na relação com os comportamentos, assume a condição de um imperativo de conduta: com aspecto ativo, determina comportamentos e com aspecto negativo, desobriga quanto às prescrições de norma conflitante de igual hierarquia. Na relação com os demais atos normativos que integram o sistema jurídico, também revela uma face positiva, manifestada na força derogatória (aptidão de retirar eficácia de norma anterior conflitante, embora eventualmente de modo condicional), e negativa, de resistência ao ato normativo meramente regulamentar. Mesmo quando o ordenamento comporta decretos autônomos, a providência dotada de força de lei subtrai a matéria da incidência destes atos não legislativos (não submetidos ao exame parlamentar)

A legislação urgente de iniciativa do executivo, dotada de força de lei, se diferencia propriamente dita em um ponto essencial. Enquanto os efeitos da lei são permanentes – embora não imutáveis, tem duração igual ao do ato normativo que as cria e exprime - os efeitos da medida equiparada a lei são provisórios, porque, para durarem, estão condicionados à conversão da medida em lei. Por isto, o ato de urgência legislativa não derroga, apenas suspende a eficácia dos dispositivos que lhe são contrários.

Como pode ser visto, a atribuição de legislar, embora seja frequentemente aceita, não é inerente ao Poder Executivo, nem é indispensável reconhecer este poder. Muitos países de realidade próxima da brasileira e outros tantos, recentemente redemocratizado e recém-surgidos, não admitem forma de poder normativo diretamente concedido ao Chefe do Executivo ou admitem de modo bastante restritivo.

Quando o Executivo edita um ato normativo com força de lei, está assumindo a indesejável condição de ditar os parâmetros do seu próprio poder, posto que cabe a lei servir de pauta orientadora da ação governamental. As leis delegadas e as providências

legislativas urgentes são especiais quanto ao procedimento legislativo e excepcionais como função; sua elaboração representa uma inversão de procedimento. Uma tal situação, extravagante, somente é regular quando reservada a exceções; não pode tornar-se regra sem romper com racionalidade do modelo de equilíbrio entre os poderes.

A exemplo do poder, também extravagante, confiado a jurisdição constitucional, para o controle abstrato de constitucionalidade e, nesse caso, com muito maior razão, dada a extensão do âmbito de atuação do Executivo, no exercício do poder de legislar.

Após o relato da evolução histórica do Parlamento italiano que criou e convive com seu “*decreto-legge*” e considerando que tal instituto foi a base para que os constituintes brasileiros criassem as medidas provisórias na Constituição de 1988, entendo ser pertinente, fazer alguns apontamentos acerca desses dois institutos, cujas diferenças mais significativas podem ser resumidas em:

- I - expressa previsão constitucional das matérias vedadas à legislação de urgência;
- II - definição dos pressupostos habilitantes;
- III - atuação normativa do Parlamento na hipótese de não conversão em lei formal (livre ou vinculada);
- IV - caracterização do momento da apresentação da medida ao legislativo para efeito de conversão; e
- V - órgão constitucional dotado de competência para adotá-la.<sup>71</sup>

Se os pressupostos habilitantes no Brasil são a urgência e a relevância, na Itália os decretos-leis só podem ser adotados em casos extraordinários de necessidade e urgência, permitindo, em relação ao primeiro pressuposto, porque menos sujeito a controvérsia, maior possibilidade de controle. Ocorrendo hipótese de não conversão em lei, enquanto o procedimento legal previsto pela legislação no Brasil é de que o Congresso Nacional deverá, por meio decreto legislativo, editar as medidas cabíveis, na Itália o

---

<sup>71</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas provisórias**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 54-5.

legislativo poderá regular, mediante lei – *legge sanatoria*-, as relações nascidas sob a égide do instrumento retirado do cenário legal.

No que tange ao momento de edição da medida provisória e de sua apresentação perante o Parlamento para efeito de conversão em lei, enquanto nos termos da Constituição Italiana a medida adotada deve ser apresentada no mesmo dia, a Constituição Brasileira utiliza a expressão “de imediato.”<sup>72</sup> Em ambas as situações, porém, o ato normativo, manifestando-se rejeição ou não apreciação parlamentar, perderá eficácia desde a sua publicação.

Por fim, existe uma grande diferença no que se refere ao órgão competente para a adoção da providência legislativa de urgência. No Brasil, cumpre ao Presidente da República editá-la, já na Itália, diante de seu sistema parlamentarista, cabe tal responsabilidade ao governo, no âmbito do Conselho de Ministros, o qual encaminhará o expediente ao Presidente da República, para que publique o ato permitindo-lhe, desse modo, surtir os respectivos efeitos jurídicos.

Assim sendo, pode-se concluir, assim como fez o Prof. José Levi Mello do Amaral Júnior,<sup>73</sup> que a maior diferença entre a decretação de urgência italiana e a brasileira está não nas normas constitucionais específicas ao decreto-legge e à medida provisória, mas, sim, no sistema de governo em que os referidos institutos são imersos. Na Itália, o decreto-legge é utilizado em um sistema de governo parlamentarista; no Brasil, a medida provisória era e continua a ser empregada em um sistema de governo presidencialista; resultando disso a constatação de que, na Itália, o decreto-legge é concebido com presumido apoio da maioria parlamentar que sustenta o Governo do dia. Por outro, não há tal presunção no Brasil, nem sequer relativamente à base parlamentar que empresta apoio ao Presidente da República. Ressalta ainda o já mencionado Professor José Levi Mello do Amaral Júnior<sup>74</sup> que, no entanto, o parlamentarismo (ao menos o italiano), por si só, não previne abusos na adoção da decretação de urgência. Até porque a rejeição parlamentar do decreto-legge não implica, automática e necessariamente, a queda do Conselho de Ministros italiano (art. 94, IV, da Constituição italiana de 1947).

---

<sup>72</sup> Não obstante o art. 2, § 1, da resolução 01/2002 do Congresso Nacional explicita que, no mesmo dia da publicação em Diário Oficial, a medida provisória deverá ser encaminhada ao Congresso, acompanhada da respectiva mensagem e de documento expondo a motivação do ato.

<sup>73</sup> AMARAL JÚNIOR, op. cit., 2012. p. 216.

<sup>74</sup> AMARAL JÚNIOR, op. cit., 2012. p. 217.



## **CAPITULO VIII - A POSTURA DO PARLAMENTO BRASILEIRO NO QUE TANGE A SUA ATROFIA EM RELAÇÃO AO PODER EXECUTIVO.**

Como se pode notar é nítido a crise nas Instituições Políticas que se abate nos últimos anos, sobretudo, o desempenho e a qualidade na atuação das mesmas e asseverando-se que estas foram gradativamente perdendo a qualidade; por outro lado, afirma-se que as instituições políticas passaram a padecer da ausência de confiança dos cidadãos, tornando-se totalmente desacreditadas por não cumprirem a contento suas funções de atender aos interesses nacionais e de servir ao bem comum.

A instituição política no Brasil que vem demonstrando crise de maior agudeza, conforme já temos condições de entender, pelo tudo o que aqui foi explicitado é o poder legislativo em todos os seus níveis, englobando as Casas do Congresso Nacional (Senado Federal e Câmara dos Deputados), as Assembleias Legislativas Estaduais e as Câmaras Municipais.

A visão negativa a respeito do Poder Legislativo que tem se evidenciado ao longo de sua existência, agravou-se consideravelmente nos últimos tempos.

O Poder Legislativo tornou-se uma instituição impopular e suas Casas são mal vistas pela população em geral, pairando sobre este a desconfiança e sobre seus membros a aversão.

O Poder Legislativo, ao qual cabe patrocinar as leis de abrangência nacional em matérias relevantes para o crescimento do país, para compensar sua desídia e ineficiência delega a competência de tais assuntos ao poder executivo que motivado por suas bases eleitorais, se encarrega de preencher a agenda legislativa a seu bel-prazer.

Também por conta da paralisia das casas do Poder Legislativo, é que mais recentemente até o Poder Judiciário tem sido solicitado a normatizar matérias que deveriam ser objeto de textos legais.

Em relação a “qualidade” da produção legiferante do Congresso Nacional, podemos de antemão destacar diversas conceituações, sendo indiscutível que não se pode formular uma definição restritiva para o mesmo. É evidente que a qualidade se reveste de diversos aspectos, na atividade laborativa, na produção de bens, ou na prestação de serviços, não se podendo esquecer que em qualquer atividade humana, a qualidade tornou-se consenso.

A qualidade institucional de há muito é concebida como causa do desenvolvimento ou subdesenvolvimento dos países; entretanto, não se pode cogitar de qualidade institucional, sem se fazer uma explanação sintética sobre a Doutrina da Separação (ou Tripartição) dos Poderes do Estado, mormente em se tratando das democracias republicanas.

No que concerne ao modelo constitucional brasileiro, com exceção da Constituição de 1824 que previa um quarto poder, o Moderador (exercido pelo Monarca), as demais Constituições sempre adotaram normativamente a clássica doutrina que triparte o poder estatal, ou seja, as funções em: legislativa, executiva e judiciária.

Em assim sendo, o Poder Legislativo está incumbido de elaborar as leis da ordem jurídica estatal; ao Poder Executivo é atribuída a administração do estado, cabendo-lhe a execução das políticas definidas pelo Poder Legislativo; e, ao Poder Judiciário compete solucionar os conflitos de ordens interpessoal, interpessoal-estatal e entre os entes estatais (União Federal, Estados-membros e Municípios), fundamentando suas decisões nas leis emanadas do Poder Legislativo.

É cediço que inexistente uma separação absoluta entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, pois todos os poderes legislam, administram e julgam, inobstante cada poder possua uma função típica que exerce com preponderância, e uma função atípica, exercida de forma secundária, ou seja, a função que é típica de um poder é função atípica dos demais.

É essencial o respeito à lei por todos, e em especial por aqueles que exercem as funções públicas principais, uma vez que a democracia importa na observância

dos procedimentos eleitorais, notadamente com atenção à vontade popular sem descurar-se da liberdade e direitos individuais; e, sem embargo de ser o governo da maioria, há que se respeitar também às minorias, além do que a transparência deve permear as regras e processos definidores da participação dos cidadãos na coisa pública.

A Democracia não deve cingir-se ao “mérito” dos melhores para ocupar os cargos públicos, e sim, aos que tenham capacidade e probidade, sendo estes legitimados pelo voto dos cidadãos, o que se torna desejável, considerando que os governantes devem compartilhar com determinadas visões elementares quanto ao conteúdo das matérias públicas que se caracterizam pelas “políticas de Estado”. Salienta que os governantes das sucessivas administrações deveriam se comprometer a agir de forma racional, não opondo resistência a fatos dos governos anteriores para ganharem notoriedade, como “fundadores de um novo regime”, esquecidos de que o crescimento e qualidade resultam do acúmulo prudente e correto de experiências e não de rupturas drásticas.

Com o retorno dos governos civis, renasceu no Brasil a esperança dos cidadãos fortalecida pela possibilidade do livre exercício dos direitos políticos e, a efetiva participação na vida pública por meio do sufrágio universal; no entanto, com o decorrer dos anos e as sucessivas legislaturas, a euforia inicial e a expectativa dos cidadãos, cederam lugar ao desânimo e à frustração e, por via de consequência, de forma paulatina o anestesiamiento foi se instalando e tomando conta de todos até se generalizar.

A transparência dos sintomas na população, que coincidentemente se mostraram os mesmos, passou também a evidenciar-se sob as formas de desesperança, apatia, alheamento, tendência à indisciplina e a desobediência às leis.

Com a mínima produção e a omissão reiterada do poder legislativo em decorrência da ausência de compromisso institucional, somada à leniência dos representantes políticos, a insatisfação popular ganha ares de desprezo e desrespeito pelos parlamentares, eis que estes uma vez empossados, se esquecem rapidamente das promessas de campanha em honrar os mandatos, passando a cuidar dos próprios interesses.

A qualidade do Poder Legislativo, pouco a pouco esta se esgarçando, na medida em que, sem se importar com o cumprimento de seus deveres constitucionais, permitiu que o Poder Executivo se apropriasse de seu mister ao delegar-lhe constitucionalmente atribuições que originária e privativamente sempre lhe pertenceram.

O gigantismo do Poder Executivo, aqui muito evidenciado pelos gráficos já apresentados, rebaixando o Poder Legislativo ao patamar de subserviência daquele, carreando como efeito o descrédito para este ante o remansoso débito legislativo para com os cidadãos, culminando por impingir-lhe o desprestígio.

A omissão funcional das Casas do Poder Legislativo, em todos os níveis é marcada pelas imensas prerrogativas do Poder Executivo Federal, herdadas dos períodos militares e o predomínio deste ao longo das últimas décadas.

A evolução histórica, aqui já comentada, demonstrou a preponderância do poder executivo em legislar, comparativamente ao Poder Legislativo, aquele sistematicamente procura avocar para si, dentre outras, as matérias de natureza econômica e política, consideradas como privilegiadas na produção legislativa, e que interferem diretamente com o crescimento nacional.

Em contraposição, a agenda do Poder Legislativo é ocupada por matérias que na conjuntura política são, em principio, consideradas de menor relevância e importância.

O que tem se observado, é que a legislação própria do Poder Legiferante, não implica a mudança do *status quo* em termos de política econômica, tributária ou de distribuição de renda, ou seja, a agenda do Poder Legislativo não tem a natureza de um programa amplo de políticas públicas, porém de intervenção em matérias tópicas no âmbito social.

A agenda do Poder Executivo, além de predominante, tornou-se de natureza eminentemente programática, pois como já referido, o aludido Poder é responsável principalmente pelo desempenho agregado da economia, passando a enfatizar as questões que,

em tese, afetam a nação como um todo. Ao reverso, os assuntos de interesse habitual e específico do cidadão, os quais se proliferam nas sociedades avançadas, deixam de ser tratados na elaboração das leis.

Efetivamente, a concentração de poder decisório sob o controle do Chefe do Poder Executivo exprime que o tratamento dado à agenda social, objetiva assumir características mais agregadas ou abstratas, considerando que se originam de programas que não concernem ao núcleo dos problemas concretos e cotidianos dos cidadãos.

A avaliação das consequências para a atuação dos parlamentares, ante a reunião do poder decisório nas mãos do presidente da nação, é desastrosa na medida em que, a predominância da agenda legislativa do Poder Executivo sobre a dos parlamentares, acarreta sem sombra de dúvida a redução da importância destes como legisladores, interferindo na qualidade institucional do Poder Legislativo.

É por oportuno lembrar que os partidos políticos, ao que se tem notícia, não afetam a produção legislativa dos parlamentares numericamente, no sentido de que o fato de ser filiado a uma ou outra sigla partidária, não confere a nenhum grupo de parlamentares um diferencial extra na probabilidade ou possibilidade de ver aprovados os projetos de lei de suas iniciativas.

É notório que os poderes do Congresso Nacional foram substancialmente reduzidos em favor do Poder Executivo. Por via de consequência, as carreiras legislativas perderam sua importância, ficando menos atraentes; entretanto, os parlamentares que por via de sucessivos mandatos permaneceram nas Casas Legislativas procuraram desenvolver “práticas não recomendáveis” diversas daquelas monopolizadas pelo Poder Executivo.

Inclusive ressalta-se que o tempo de permanência dos parlamentares nas Casas Legislativas, é fator importante na apresentação de Projetos de Leis e na produção legislativa. Soma-se ainda o fato de que a ocupação de cargos públicos tanto no poder legislativo como no Poder Executivo, associa-se à capacidade dos parlamentares de obterem êxito na aprovação dos projetos de lei de suas iniciativas.

É plausível conjecturar que a produção legiferante dos membros do Poder Legislativo direcionada para a manutenção, consolidação ou ampliação de suas bases eleitorais se manifesta nos meios alternativos de decisão legislativa, haja vista que se encontram ao abrigo dos efeitos da iniciativa e vetos do Chefe do Poder Executivo.

É notório que num Estado Democrático, a qualidade institucional caracteriza-se pelo nível de excelência das instituições medida pelo alto grau de ética, moral e disciplina dos agentes públicos; pela eficiência burocrática; pela ausência de corrupção; pela transparência; pela proteção e garantia de direitos individuais e coletivos; pela estabilidade política; pela coesão e principalmente pelo respeito às leis.

Frise-se que a qualidade institucional, incontestavelmente importa em uma efetiva política de crescimento sustentável de um país, e se apresenta pela constituição de instrumentos eficazes, de forma a garantir estruturas capazes de prover os fatores causadores e mantenedores do crescimento contínuo, o que diferencia as Democracias avançadas das atrasadas.

Na relação existente entre a qualidade institucional e a omissão do Poder Legislativo, costuma-se comumente apontar a existência de diversas causas como adiante se mostrará.

Primeiramente, faz-se conexão da qualidade institucional legislativa com o desarticulismo que impera na atualidade no seio do Poder Legislativo, assemelhando-se a falta de articulação política à anarquia, haja vista que os próprios membros de aludido poder sequer respeitam as leis que discutiram, votaram e aprovaram.

Outra origem que implica na ineficiência do Poder Legislativo, e que interfere na qualidade institucional, diz respeito aos altos níveis de corrupção, os quais malgrado a larga escala, não afastam a possibilidade de em qualquer instância, arranjar-se uma acomodação para os infratores.

Aduz-se também, que as fraudes envolvendo parlamentares produzem efeitos negativos na qualidade institucional de referido poder, uma vez que estas costumam ser exibidas a título de notoriedade ou apresentadas como prova de sucesso. Se porventura, são veiculadas de forma crítica pela mídia para informação e conhecimento públicos, logo se “arruma um jeitinho” de relegá-las ao esquecimento.

Dentre outras causas apontadas como prejudiciais à qualidade institucional do poder legislativo, são as que concernem ao ambiente parlamentar dominado por disputas entre partidos políticos e permeado pelos “paroquialismo”; “clientelismo”; a corrupção; a falta de transparência na atividade parlamentar; vida pregressa “duvidosa” de parlamentares; a burocracia; etc., que tem efeitos nocivos e desestabilizadores, provocando conseqüentemente a hesitação na tomada de iniciativas para a apresentação de projetos de lei, por parte de parlamentares comprometidos com a “coisa pública”.

É de conhecimento público que as prerrogativas de legislar sobre determinadas matérias do Chefe do Poder Executivo, permitem a este compor-se com a maioria do Colégio de Líderes, ou com presidentes de partido políticos, ou bancadas de parlamentares, para fins de centralizar e nacionalizar a agenda legislativa em detrimento das casas legislativas, recheadas de parlamentares eleitoralmente vocacionados ao “paroquialismo” e ao “clientelismo”.

Como já mencionado, o comportamento dos membros do Poder Legislativo no Brasil, demonstram os incentivos eleitorais conducentes ao “paroquialismo” e ao “clientelismo” legislativo, sendo que os partidários do “paroquialismo” se esforçam em beneficiar as localidades por onde se elegem, não por meio de apresentação de projetos de lei, mas via aprovação de “decretos”.

Infere-se que exercer mais de um mandato legislativo, é decisivo para que um parlamentar adquira condições apresentar projetos de lei com possibilidades de aprová-los, mostrando produtividade e, conseqüentemente adquirindo prestígio.

Pode-se concluir que, para que o Poder Legislativo cumpra de forma mais efetiva seu papel no regime democrático, desempenhando suas funções de forma

satisfatória, é fundamental que imprima sua marca na formulação de políticas públicas, mediante a proposição e aprovação de projetos de lei, e que haja uma reestruturação integral no que atine às formas de habilitação dos candidatos a mandatos parlamentares, para que se implemente a qualidade institucional legislativa desejada pelos cidadãos.

O fato é que o Poder Legislativo não vem cumprindo de forma satisfatória o seu *munus* público, descuidando-se de seus deveres constitucionais de legislar sobre matérias de interesses público e social, que sejam pertinentes aos interesses nacionais e ao bem comum.

Por conta disto, o Poder Legislativo é alvo de críticas frequentes por parte da mídia, especialmente pela imprensa falada e escrita, por cientistas políticos e pela sociedade em geral, face à inexpressiva e deficiente produtividade. O desprezo pelo Poder Legislativo que carrega censuras ao seu desempenho, abarca além da ínfima produtividade, a medíocre qualidade das leis que elabora, que por seus defeitos e dubiedades, ocasionam dificuldades para o exercício efetivo dos direitos e garantias atribuídos constitucionalmente aos cidadãos, o que só faz aumentar as desigualdades sociais, distanciando tal poder do nível de excelência desejado.

Alguma demora na tramitação dos projetos no Poder Legislativo, de modo geral, é normal, pois eles têm que ser analisados pelas comissões técnicas, antes de serem apresentados em plenário. Mas a baixa produtividade do Poder Legislativo, em todos os níveis, resulta, sobretudo, de outros fatores.

Entre os vícios mais correntes em nosso ordenamento jurídico, estão, de um lado, as normas longas, minuciosas, prolixas. De outro lado, está o costume compulsivo de reescrever os textos legais ou modificá-los depois de pouco tempo de vigência, resultando em leis que, simplesmente, não pegam, por estarem de todo divorciadas da realidade social que pretendem normatizar.

Sem dúvida existem leis que, assegurando direitos, inovam os relacionamentos e contribuem, positivamente, para a solução de conflitos da sociedade. No entanto, observa-se que no ambiente político, os “ares” são de degradação. O pior de tudo isso



é que muito se investe em salários, privilégios e benefícios para os “representantes do povo”, os quais indubitavelmente oneram sobremaneira o país, o erário público, e os contribuintes-cidadãos. Em troca, retribuem com ineficiência e omissão.

## **CAPÍTULO IX - O COMPORTAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

Se a função de um sistema de governo é operacionalizar a movimentação do Estado, para realização de seus fins, nos parâmetros constitucionais finalísticos, a solução de um impasse entre o governo e o parlamento, com origem em uma medida provisória, será um confronto de solução muito mais cômoda no parlamentarismo do que no presidencialismo.

É que, no Parlamentarismo, o governo responde perante o Parlamento e este último pode propor uma moção de desconfiança contra o primeiro, responsabilizando-o, pela indevida edição de uma medida provisória, pela destituição do gabinete.

Em contrapartida do Poder Executivo, na pessoa do Chefe do Estado, poderá dissolver o Parlamento, convocando eleições, na hipótese deste não exprimir a maioria, que sustente o Gabinete, em uma situação em que ele tenha dificuldade em obter ratificação de uma medida provisória, pela impossibilidade de arregimentar no Parlamento a maioria necessária à sua conversão em lei.

Nestes termos, a recusa de uma medida provisória pelo Parlamento, pode ocasionar a queda do governo, que por ela tenha se tornado incompatível com a maioria dos eleitores expressa no Parlamento, situação que não acontece no Presidencialismo, em que o Presidente da República não responde em face do Parlamento ordinariamente por atos de governo de natureza política.

Em tese, o fato do Presidente da República não responder de forma ordinária em face do parlamento, ao preço de seu mandato, como ocorre com o Primeiro-Ministro ou o Gabinete, deixaria o primeiro, no caso do Presidencialismo, na cômoda condição de abusar de seu poder de edição de medidas provisórias; assim este fato ensejaria com maior habitualidade confronto entre poderes e crises políticas comprometedoras do princípio constitucional da separação do poder.

O Parlamentarismo, assim, superaria o confronto pela queda do governo que com ele se encontrava em situação de conflito, cuja destituição lhe cabe e restabeleceria a

compatibilidade no funcionamento dos poderes, na medida em que teria expungido do sistema, o governo que com ele conflitava, pela edição da medida provisória abusiva, restabelecendo a harmonia entre os poderes.

A conclusão de que o sistema parlamentarista seria o que melhor absorveria as disfunções da medida provisória, parece uma generalização equivocada.

Na Itália, Estado parlamentarista, berço do decreto-lei (*decreto- legge*) paradigma, da medida provisória, as situações de confronto entre poderes, nem sempre são resolvidas pela via do voto de desconfiança em consequência do parlamento cobrar do Governo a responsabilidade que possa levar à destituição, por abuso de poder em editar uma medida provisória.

A Constituição italiana em seu artigo 134 relaciona entre as competências de sua Corte Constitucional, a solução de conflitos de atribuição entre os poderes do estado, aqueles do estado e das regiões.<sup>75</sup>

Retrata-se a evolução do entendimento no Brasil, do Supremo Tribunal Federal sobre o controle constitucional das medidas provisórias.

De início em absoluta omissão, entendendo espaço fechado dos poderes Legislativo e Executivo, a aferição da ocorrência dos pressupostos de relevância e urgência que atestassem a preexistência de uma situação de fato a comportar a necessidade e urgência na utilização do instrumento excepcional que é a medida provisória.

Em seguida, um tímido avanço, que, não obstante, perdura até hoje, em que o Supremo Tribunal Federal somente interfere no juízo de constitucionalidade dos pressupostos formais de relevância e urgência da medida provisória em casos evidentes de abuso de poder.

Carlos André Spielmann<sup>76</sup> disserta:

---

<sup>75</sup> Art. 134. La Corte costituzionale giudica: sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni; sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni; sulle accuse promosse contro Il Presidente della Repubblica, a norma della Costituzione. A

*O voto do Ministro Carlos Velloso na ADIN n 1397-1, ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, deixa bem clara a posição daquela excelsa corte no que concerne a atribuição do Judiciário de investigar o preenchimento dos requisitos constitucionais de urgência e relevância. Vejamos:*

*Constitucional. Administrativo. Medida Provisória: Urgência e Relevância. Apreciação pelo Poder Judiciário. Reedição da Medida Provisória não rejeitada expressamente.*

*I. Reedição de medida provisória não rejeitada expressamente pelo Congresso: possibilidade. Precedentes do STF: ADIn 295-DF e ADIn 1516-RO.*

*II. Requisitos de urgência e relevância: caráter público: em princípio, a sua apreciação fica por conta dos Poderes Executivo e Legislativo, a menos que a relevância ou a urgência evidenciar-se improcedentes. No sentido de que a urgência e relevância são questões políticas, que o Judiciário não aprecia: RE 62.739-SP, Baleiro, Plenário, RTJ 44/54, RDP 5/223*

Como já referido este entendimento sofre a alteração apontada após a ADI-MC 162, julgada em 14-12-1989, DJ de 19-9-1997, Rel. Moreira Alves. O Supremo Tribunal Federal passa a controlar, com faz atualmente os pressupostos formais de habilitação das medidas provisórias, em flagrando-as abusivas dos poderes do Poder Executivo em editá-las.

Na Itália parlamentarista, a jurisprudência da Corte Constitucional passou por processo semelhante, mas avançou até o ponto de considerar a possibilidade de um controle dos pressupostos de necessidade e urgência mais efetivo:

*Na Itália, de forma semelhante a que ocorre ainda no Brasil, muito se discutiu acerca da legitimidade do controle judicial sobre tais requisitos, havendo doutrina que afirmasse estarem eles sujeitos*

---

<sup>76</sup> SPIELMANN, Carlos André. O controle de constitucionalidade das medidas provisórias praticado pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis**, Petrópolis, v. 1, p. 11-20, 1999.

*apenas à valoração política, vale dizer, do Governo que editou o ato e do Parlamento que o converteu em lei. A doutrina mais moderna de Zagrebelsky, Paladin e Mortati, que aqui seguimos, admite, sem resistências, a possibilidade de controle jurisdicional dos pressupostos de edição dos decretos-lei italianos.*<sup>77</sup>

Lenio Luiz Streck<sup>78</sup> referindo-se a Vital Moreira comenta a supremacia da Constituição soberana em face do caráter constituído e subordinado do Poder Legislativo e destaca com precisão:

*A soberania do parlamento cedeu o passo à supremacia da Constituição. O respeito pela separação dos Poderes e pela submissão dos juízes à lei foi suplantado pela prevalência dos direitos dos cidadãos face ao Estado.*

Clèmerson Merlin Clève<sup>79</sup> também comenta acerca deste tema:

*O Supremo Tribunal Federal ainda não teve oportunidade de se manifestar sobre os pressupostos autorizadores da medida provisória. Receia-se, neste particular, que a Corte reproduza o mesmo entendimento pronunciando em relação aos antigos decretos-leis. O STF, vigente a Constituição de 1967, manifestou-se no sentido que “os pressupostos de urgência e relevante interesse público escapam ao controle do Poder Judiciário, por referirem, afinal, questão política”. Com a Constituição de 1988, deverá a Corte Constitucional mudar seu entendimento.*

---

<sup>77</sup> POGREBINSCHI, Thamy. Controle de constitucionalidade dos decreti-legge: uma experiência italiana. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 37, n. 146, p. 97-106, abr./ jun. 2000.

<sup>78</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 104.

<sup>79</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**: atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 183.

*Na Itália, ultimamente, a doutrina, com cautela, vem admitindo um certo tipo de controle sobre os pressupostos das medidas provisórias, mas de caráter limitado, circunscrevendo-se ao território do “excesso de poder legislativo”. Já na Espanha, a Corte Constitucional, como se espera que no Brasil ocorra, não se nega a promover referido controle.*

*Entende a Corte que os pressupostos de habilitação constituem um conjunto de autênticos limites jurídico-constitucionais da atividade governamental e, como tais, controláveis pela Jurisdição. A experiência espanhola deve ser aproveitada pelo Brasil. Não é demais lembrar que a doutrina brasileira admite o controle judicial dos pressupostos de autorização das medidas provisórias.*

Anna Cândida da Cunha Ferraz<sup>80</sup> conclui:

*É, de resto, o que registra, como inteira propriedade, Ferreira Filho: “a norma em exame estende a competência do Congresso Nacional, tornando-o juiz da constitucionalidade de atos do Poder Executivo. O controle de constitucionalidade exercido por órgão político, e o Congresso Nacional indubitavelmente o é, sempre mereceu a desconfiança se não o repúdio da doutrina.*

*Consequência disso tudo é que tanto o regulamento abusivo como a lei delegada exorbitante podem ser objeto de declaração de inconstitucionalidade por via da ação direta insculpida no artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição de 1988.*

*Destarte, o Poder Legislativo – e não somente ele – pode propor perante o Supremo Tribunal Federal a ação direta de inconstitucionalidade contra ato normativo é regularmente*

---

<sup>80</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 45.

*exorbitante da lei regulamentada ou de lei delegada exorbitante da delegação legislativa.*<sup>81</sup>

Adiciona-se a esse, o entendimento de André Ramos Tavares<sup>82</sup>:

*Jorge Miranda, muito bem o demonstra, anotando que o Tribunal Constitucional [...] integra-se na categoria de tribunais, pela sujeição ao princípio do pedido, por questões jurídicas tanto poderem ser questões concretas como abstratas, pelos critérios jurídicos de decisão e pelo estatuto dos juízes. Mas distingue-se dos restantes tribunais, pela sua relação imediata com a Constituição (com poderes de interpretação vinculativa conforme, na fiscalização concreta), por nele avultar um controle dirigido aos órgãos da função política e por a sua autoridade se pôr a par da autoridade desses órgãos.*

É o Supremo Tribunal Federal que, pelo controle de constitucionalidade, poderá dirimir conflitos entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, no que tange à exorbitância do primeiro, abusiva da faculdade do Presidente da República em editar medidas provisórias. Por conta de desatenção deste para com os pressupostos de habilitação das medidas provisórias, subvertendo-se, pelo excesso, legiferante, o equilíbrio entre os poderes. Desconstituindo a existência, a validade e a eficácia de medidas provisórias carentes dos permissivos de edição pela falta de urgência e relevância nas circunstâncias que tenham dado ensejo a medidas provisórias abusivas.

Para o Poder Legislativo melhor será admitir a concorrente competência do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, para o controle dos pressupostos de habilitação das medidas provisórias.

A Constituição impõe restrições a que possa o Presidente da República editar medidas provisórias que não estão postas em juízo intrínseco da existência de relevância e urgência para que elas possam ser editadas.

---

<sup>81</sup> FERRAZ, *op. cit.*, p. 45.

<sup>82</sup> TAVARES, *op. cit.*, p. 227.

Há também que se verificar se não havia antes a possibilidade do Presidente da República usar sua iniciativa legislativa ordinária a fim de encaminhar a questão ao Congresso Nacional, pedindo, inclusive urgência na votação para consubstanciar em lei o seu propósito, em medida consequente, adequada, oportuna e eficiente.

Conferir a medida da urgência e da relevância para saber se o Executivo tem o poder discricionário de decisão, por via, da medida provisória consequentemente é questão jurídica. A competência do Poder Executivo em editar medidas provisórias começa depois de estar evidente que a ação do Congresso Nacional será ineficiente para solucionar o problema que ensejar a necessidade de disciplina legal; em tese, isto acontece depois de evidenciar que o Poder Legislativo não poderia dar cabo de sua missão constitucional em legislar.

Deve competir ao Poder judiciário julgar, se o Poder Executivo ao editar medida provisória, não estará invadindo a competência do Poder Legislativo. Esta invasão haverá se for possível legislar a solução do problema que se queira resolver e o Executivo tenha se precipitado em agir, editando medida provisória, quando poderia pedir ao Congresso Nacional urgência na tramitação para o projeto de sua iniciativa.

É sem dúvida que os pressupostos de habilitação constituem um conjunto de autênticos limites jurídico-constitucionais da atividade governamental e, como tais, controláveis pela jurisdição, conforme entende, por exemplo, a Corte Constitucional espanhola.

É típico do controle da constitucionalidade, saber se o poder discricionário que a Constituição outorgou ao Poder Executivo, para legislar pela medida provisória foi usado em coerência com o texto e nos termos do contexto previsto na Constituição Federal, não podendo se ater apenas às análises pontuais e somente quando solicitado, vez que tem gabarito e função constitucional para assumir tal responsabilidade, hoje fundamental para o equilíbrio entre os Poderes.



Como podemos constatar nos exemplos de cinco casos, indicados por José Levi Mello do Amaral Junior em seu texto “A Constituição foi capaz de limitar o poder?”<sup>83</sup>

*É preciso referir dois precedentes de maior importância do Supremo Tribunal Federal, ambos firmados sob o regime originário da medida provisória. Depois, importa examinar a Emenda n.º 32. Enfim, vale registrar dois novos – e não menos importantes – precedentes do Supremo, ambos posteriores à Emenda n.º 32.*

**Primeiro.** *Já na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 293-7/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgada em 6 de junho de 1990, o Supremo Tribunal Federal deixou assente que não se poderia reeditar, na mesma sessão legislativa, medida provisória rejeitada pelo Congresso.*

**Segundo.** *Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.348-9/DF, Relator o Ministro Marco Aurélio, julgada em 7 de dezembro de 2000, o Supremo Tribunal Federal, pela primeira vez, fulminou medida provisória em razão do não-cumprimento do requisito constitucional de urgência.*

**Terceiro.** *O Supremo Tribunal Federal não foi o único órgão a reagir às medidas provisórias. O Congresso Nacional também o fez, em especial por meio da Emenda n.º 32. Antes dela, o Congresso já havia vedado a edição de medida provisória para regulamentar as matérias constantes de emendas promulgadas a partir de 1995.*

[...]

**Quarto.** *Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.964-./DF, Relator Ministro Carlos Brito, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia de medida provisória que reeditara outra,*

---

<sup>83</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. A constituição foi capaz de limitar o poder? In: MORAES, Alexandre de (Coord.). **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 130.

*revogada dias antes, tudo na mesma sessão legislativa. A Corte reconheceu, no caso, a ofensa ao art. 62, §10, da Constituição.*

**Quinto.** *Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n 4.048-1/DF, Relator o Ministro Gilmar Mendes, julgada em 14 de maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal suspendeu medida provisória que abrisse créditos extraordinários no valor global aproximado de R\$ 5,5 bilhões. A Corte examinou se ação as rubricas de gastos eram ou não imprevisíveis e urgentes, requisitos constitucionais exigidos à abertura de créditos extraordinários. Em decisão histórica, superando jurisprudência anterior no sentido de não caber ação direta contra leis formais, porque destituídas de generalidade e abstração (caso das leis orçamentárias), a Corte conheceu da Ação Direta para, a seguir, decidir no sentido de que as rubricas em causa eram relativas a despesas previsíveis e, portanto, não poderiam constar de créditos extraordinários, única categoria de normas orçamentárias permitida à medida provisória após a Emenda n 32.*

De qualquer forma, o exemplo italiano igualmente demonstra que as marchas e contramarchas do sistema parlamentarista não são suficientes a assegurar o equilíbrio entre os poderes, em casos de abuso na edição de medidas provisórias, por exemplo. O ponto de equilíbrio do sistema está posto na jurisdição do Tribunal Constitucional. Inclusive no que toca à medida provisória, melhor, ao decreto-lei, que passa pelo abuso do Poder Executivo em manipular requisitos de habilitação formais do instituto e, conseqüentemente desequilibrar o sistema.

Mas além desse inegável e importante papel, o Judiciário, nos últimos anos está assumindo um papel também de legislador, analisando caso em que a lacunas legais impossibilitam uma racionalização o entendimento legal; fazendo com que a Suprema corte acabe por decidir pautadas pela realidade e o clamor das ruas, tal como visto no julgamento que autoriza aborto de mulheres grávidas de filhos anencefálicos, união estável de pessoas do mesmo sexo entre outros tantos assuntos cujo clamor social fez com que a corte suprema

tomasse para si a responsabilidade de suprir uma pendência, uma lacuna social, que o legislativo se viu despreparado ou incapacitado de agir, como seria sua função.

É competência do Senado a aprovação dos indicados pelo Presidente da República como Ministros das Cortes Superiores, cabe também uma atenção especial, de forma que tais indicações sejam absolutamente desvinculadas de ideologias partidárias e gratidões a serviços prestados, possibilitando assim que os aprovados tenham o notório e destacado saber jurídico, permitindo, por consequência que os futuros julgamentos por parte da alta Corte Judiciária sejam realizados com devida imparcialidade e embasamento técnico-jurídico preponderante.

O que em última análise também desmoraliza ainda mais a Casa Democrática mais importante do sistema do poder estatal e que merece a devida atenção, apesar de não ser esse o objeto do presente estudo, mas que nos próximos anos serão, certamente, por inúmeras vezes debatidas entre os juristas deste País.

**CONCLUSÃO:****O NECESSÁRIO FORTALECIMENTO DO PODER LEGISLATIVO COMO FUTURO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA.**

De fato e por tudo o que foi relatado, a definição dos rumos do Estado sem dúvida deve ser determinada pelo Poder Legislativo. Portanto, numa concepção democrática de Estado, o centro de seu poder político deve residir no Legislativo. Em instantes de dúvidas constitucionais sobre quais dos poderes deve prevalecer, o Poder Legislativo deve ser destacado ante os outros no Estado Democrático de Direito.

Entendendo que apesar de inevitável que a iniciativa do processo legislativo esteja em parte com o Executivo, haja vista todo o dinamismo social, é prudente que tomemos ações imediatas para senão solucionar, ao menos, minimizar o impacto que tal poder normativo hoje exercido pelo Executivo ocasiona.

É de fundamental importância que o Poder Legislativo recupere o seu poder fiscalizatório no processo legislativo, principalmente no que vise a impedir os excessos do Executivo ao produzir leis no Brasil, visando com isso a perpetuidade da Democracia no País.

Talvez por ter tal importância, seja no momento das eleições ou no instante da formação da governabilidade, o Legislativo passa a ser a chave do sistema político e, ainda que não o assuma ou mesmo que uma estrutura político-partidária precária (formada, neste sentido, por sistemas eleitoral e partidário), é nele que a discussão dos problemas da sociedade integrará ou não a agenda positiva/negativa dos debates e resultados; assim, no Poder Legislativo está a possibilidade da construção e da convivência do binômio conflito/consenso.

A importância do Poder Legislativo tem conduzido os governos brasileiros a ser lançarem na sua conquista, bem como tem levado os partidos políticos a se mobilizarem em torno da construção de suas maiorias de maneira ensandecida. Na verdade, esta luta tem o início já durante a campanha eleitoral, revelando formas e personagens

distintos na construção da governabilidade e na manutenção neste sistema adaptado e que aqui foi denominado de “presidencialismo de coalizão”.

Mesmo com esse quadro que pode vir a prestigiar agendas mínimas de programas de governo, com o adiamento dos temas mais importantes para momentos favoráveis, não se deixou de perceber dois aspectos importantes na redemocratização do Brasil. O primeiro deles diz respeito ao determinismo de enfraquecimento dos partidos políticos brasileiros. O segundo aspecto diz respeito à impossibilidade de formação de partidos ideologicamente definidos, elemento de que tanto se represente, igualmente, parte da intelectualidade e da elite política do Brasil.

Em um mecanismo de funcionamento político-partidário tradicionalmente deficiente em quase todos os sentidos, e movimentado por interesses pessoais e/ou regionalistas, a partir de uma dominação oligárquica; a troca de apoio político, para o entendimento de um “lugar-comum”, é um forte indicador da impossibilidade de se fazer partidos capazes de exercerem a mediação entre o poder do Estado e sociedade.

Entendo ser importante reexaminarmos com rigor e amplitude a possibilidade da institucionalização do Parlamentarismo no Brasil, tendo como norte o parâmetro brasileiro de realidade institucional, tratando o tema sem a consonância ideológica, mas como forma de se assegurar e perpetuar a democracia brasileira.

O Legislativo é, no Estado Democrático de Direito, o definidor da direção da Nação. Na versão parlamentarista, o Legislativo encarna o governo: é a sua materialização e garantia da sua existência.

A Democracia deve ser considerada como um bem cultural que precisa estar presente em nossas atitudes cotidianas, algo ainda mais importante. Viver a Democracia é conviver com o caráter “inquestionável” de seus valores.

A história da Democracia não pode ser contada somente a partir de movimentos que buscaram consolidar o ambiente jurídico necessário ao “funcionamento democrático”, o mesmo tempo em que almeja consolidar regras que deem feições

democráticas, numa sociedade que precisa estar preparada para viver a Democracia no seu cotidiano.

Certamente, pode ser muito mais custoso e demorado do que assinar documentos, aprovar leis e emendar constituições, por mais trabalhoso, que isso possa ser. Isto requer o que muitos filósofos chamaram de valores, alcançados por meio de revoluções culturais, muitas delas silenciosas, outras absolutamente turbulentas, que precisam de anos, por vezes de décadas para se consolidar.

Como o processo histórico da Democracia já demonstrou infrutíferas as diversas tentativas de migração do sistema político de administração do País para o Parlamentarismo, o que pode impedir a reestruturação adequada e estabilizar o conflito existente e cada vez mais latente, entende-se como absolutamente necessárias algumas medidas intermediárias que já poderiam ser analisadas de forma a, ao menos, tornar mais transparentes as relações entre os Poderes Executivo e Legislativo, no sistema em vigor.

Um dos pontos importantes, no meu modo de ver e apesar de ir de encontro ao senso-comum, diz respeito a realização das eleições para os cargos do Poder Executivo e Legislativo em momentos distintos, de forma que se tenha oportunidade de discutir junto a população e fazê-la compreender a importância de ambos os poderes, de forma que seja desmitificado o poder personalizado no ocupante da cadeira do Executivo, em todas as esferas administrativa do Poder. Acrescido ainda com a institucionalização do voto distrital, que agregaria ao aprendizado da população, a aproximação desta com o representante eleito pelo povo para ocupar uma cadeira na Assembleia.

Aproximando a população do poder, desmitifica-se esse último, possibilitando maior discussão e politização por parte dos eleitores o que os tornaria mais participativos e educados para tratar as coisas públicas.

Acrescentaria ainda a proibição de ocupantes de cargos no Executivo de reassumirem suas funções no Legislativo, caso sejam desvinculados de tais cargos, ao menos durante o período legislativo em vigor, mesmo e, sobretudo, se sua saída for ocasionada por conta de assunção de cargo no Executivo.

No que tange às medidas provisórias, a maior evidencia da supremacia do Executivo e da conseqüente atrofia do Poder Legislativo, acredito que o envolvimento no tema do Poder Judiciário, através da Suprema Corte é de fundamental importância, o que pode ser através da institucionalização automática para verificação e aprovação do caráter de urgência e relevância destas legislações de urgência, em caráter liminar, para posterior seguimento e aprovação do Congresso Nacional. Evidente, que nesse caso, há a necessidade da institucionalização de uma Corte Constitucional propriamente dita, de forma a tornar tal processo célere, dinâmico e apolítico.

O processo legislativo nos entes da federação está profundamente centrado na divisão do poder, tanto em sua vertente orgânica, quando na espacial. A versão orgânica faz com que os Legislativos da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal sejam os órgãos responsáveis pelos procedimentos legislativos, havendo aí a participação dos Executivos e dos Judiciários, como reflexo do sistema de freios e contrapesos.

Uma reforma política contundente de forma a minimizar o poder de reter e liberar recurso orçamentários, além do enorme poder de definição do conteúdo e do “timing” da agenda de decisões governamentais são os principais instrumentos de atração dos partidos e representantes para o seio da coalizão governista no Legislativo brasileiro.

Os custos de transação para um governo que precisa negociar uma agenda com partidos de oposição são altos porque estes se veem inteiramente desprovidos de meios para implementar políticas de governo. Como qualquer liberação de recursos orçamentários exige uma decisão do Executivo, e como fazer políticas públicas é liberar recursos, então toda e qualquer política no País só pode ser feita pelo governo. Partidos de oposição não recebem nenhum ganho em cooperar com um presidente que irá “faturar” de forma quase monopólica dos benefícios de implementação de programas governamentais. Daí a virtual impossibilidade de se contar com a cooperação de partidos oposicionistas e, por conseguinte, de se governar com minoria no parlamento.

É esta alienação dos partidos parlamentares dos programas de alocação de recursos orçamentários que torna essencial para o governo montar coalizões majoritárias, eventualmente super majoritárias, o que depende de natureza da agenda e da disciplina esperada de seus parceiros originais. Em outras palavras, para o ocupante do Poder Executivo, governar com minoria, ou até mesmo maiorias mínimas, é muito custoso, pois, do ponto de vista dos partidos de oposição, não há incentivo para cooperar, por outro lado, participar do governo é altamente benéfico, pois fora dele não há como alocar; contudo, ao decidir pela incorporação de partidos originalmente de oposição à base aliada, o governo interfere na comunicação que estes tentam estabelecer com os eleitores; eis a origem do desafio institucional do presidencialismo de coalizão.

Por fim, adiciono mais uma ação imediata a ser tomada, a Constituição brasileira, mantendo soluções adotadas na Constituição autoritária de 1967, disciplina dentro do processo legislativo tanto o procedimento de elaboração de leis complementares, ordinárias e delegadas, quanto de emendas à Constituição, de edição e apreciação das medidas provisórias, de decretos legislativos e resoluções das casas legislativas. Manteve ainda uma extensa gama de temas reservados à iniciativa privativa do Presidente da República e a legislação por comissões, privilegiando Comissões Permanentes e Temporárias (art. 58, § 2º), em lugar das Comissões Especiais, previstas na ordem constitucional anterior. Inovou ao prever a iniciativa popular de lei, ao restabelecer a iniciativa das Assembleias Legislativas dos Estados Federados no processo de Emenda à Constituição, na ampliação do seu núcleo imune a propostas de modificação e do elenco de matérias insuscetíveis de delegação, e quanto ao regime de urgência na apreciação de projetos, além de também prestigiar o Congresso reduzindo o quórum exigido para repúdio de veto presidencial.

A alteração do processo legislativo é apenas a primeira e mais urgente tarefa necessária até para permitir que o Congresso Nacional possa assumir suas reais funções e deixar de assumir agenda exclusiva do Executivo. Somando-se a isso as incontáveis Comissões de Inquéritos, os períodos eleitorais em que o trabalho é escasso e o frequente trancamento de pauta por conta das medidas provisórias expedidas abusivamente, conclui-se que se trata de um Poder que se olvidou de sua função.



A solução não se limita a uma alteração no processo legislativo, mas, sim, numa revalorização do Poder Legislativo, que deve voltar ao foco do processo legislativo. Para isso, é necessário que o Poder Executivo utilize com razoabilidade de suas inevitáveis prerrogativas legislativas, assim como também um maior envolvimento do Poder Judiciário diretamente vinculado ao processo de edição de medidas legais de urgência, tornando o processo legislativo um exemplo de balanceamento do poder e tornando o País uma democracia real e definitiva tornando o polo de decisão e de agenda para a Nação algo pragmático e distante de anseios de poder pessoal.

**REFERÊNCIAS:****OBRAS GERAIS:**

- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17 edição. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 2010.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Elementos de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DALLARI, Dalmo Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª edição revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.
- HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2004. Tomo III.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.
- PALADIN, Livio. **Diritto Costituzionale**. 3ª Edizione. Padova: CEDAM, 1998.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11ª Ed. Revista. São Paulo: Malheiros, 1996.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

**OBRAS ESPECÍFICAS:**

- ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. São Paulo: Lumen Juris, 2009.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Medida provisória: edição e conversão em lei: teoria e prática**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi do. A constituição foi capaz de limitar o poder? In: MORAES, Alexandre de (Coord.). **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009.
- \_\_\_\_\_. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de o espírito das leis. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.686, 2008, p. 53-68.

AMORIN NETO, Octávio; TAFNE, Paulo. Governo de coalizão e mecanismos de alarmes de incêndio no controle legislativo das medidas provisórias. **Revista de Ciência Sociais**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 1, 2002.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARROS, Sérgio Rezende de. Medidas provisórias. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, p. 67-82, jun. 2000.

BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade para uma teoria geral da política**. 15. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo: atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **Medidas provisórias**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DAMOUS, Wadih; DINO, Flávio. **Medidas provisórias no Brasil: origem, evolução e o novo regime constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

ENTERRÍA, Educarco Garcia de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Thomson Civitas, 2006.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA, Luís Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971. t. 2.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

FORTUNA, Eduardo. **Mercado financeiro: produtos e serviços**. 17. ed. São Paulo: Quality Mark, 2007.

- FRANCISCO, José Carlos. **Função regulamentar e regulamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. Tradução Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel Ciência Política, 1983.
- MIRANDA, Jorge. **Formas e sistemas de governo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.
- RAO, Vicente. **As delegações legislativas no parlamentarismo e no presidencialismo**. São Paulo: Max Limonad, 1966. v. 1.
- ROUSSEAU, Jean- Jacques. **Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- \_\_\_\_\_. **O contrato social**. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- SALDANHA, Nelson. **O estado moderno e a separação dos poderes**. 2. ed. São Paulo: Quatier Latin, 2010.
- SAMPAIO, Marco Aurélio. **A medida provisória no presidencialismo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, Hélio. **História da república brasileira**. São Paulo: Editora Três S.A, 1998. v. 7.
- SILVA, José Afonso. **Princípios do processo da formação das leis no direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1964.
- SOUSA, LEOMAR BARROS DE AMORIM. **A produção normativa do poder executivo: medidas provisórias, leis delegadas e regulamentos**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.
- POGREBINSCHI, Thamy. Controle de constitucionalidade dos decreti-legge: uma experiência italiana. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 37, n. 146, p.97-106, abr./ jun. 2000.

REALE, Miguel. Subterrâneo da medida provisória. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 7 jul. 2001, Caderno A, p. 2.

SPIELMANN, Carlos André. O controle de constitucionalidade das medidas provisórias praticado pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis**, Petrópolis, v. 1, p. 11-20, 1999.

VIESTTI, Giuseppe. **Il decreto-legge**. Napoli: Casa Edotrice Dott. Eugenio Jovene, 1967.