



UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO

MÁRIO LUIZ SILVA

**O HIPERPRESIDENCIALISMO NO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO
BRASILEIRO: O CASO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS**

CRICIÚMA
2022

MÁRIO LUIZ SILVA

**O HIPERPRESIDENCIALISMO NO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO
BRASILEIRO: O CASO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Lucas Machado Fagundes.

CRICIÚMA

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

S586h Silva, Mário Luiz.

O hiperpresidencialismo no constitucionalismo democrático brasileiro: o caso das medidas provisórias / Mário Luiz Silva. - 2022.

216 p. : il.

Dissertação (Mestrado) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Programa de Pós-Graduação em Direito, Criciúma, 2022.

Orientação: Lucas Machado Fagundes.

1. Constitucionalismo. 2. Separação de poderes. 3. Presidente da república. 4. Hiperpresidencialismo. 5. Medida provisória. I. Título.

CDD 23. ed. 341.2

Bibliotecária Eliziane de Lucca Alosilla – CRB 14/1101
Biblioteca Central Prof. Eurico Back - UNESC

MÁRIO LUIZ SILVA

**“O HIPERPRESIDENCIALISMO NO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO
BRASILEIRO: O CASO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS”**

Esta dissertação foi julgada e aprovada para obtenção do Grau de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense.

Criciúma, 30 de junho de 2022

BANCA EXAMINADORA


Prof. Dr. Lucas Machado Fagundes
(Presidente e Orientador (a) – UNESC)


Profa. Dra. Ivone Fernandes Morcilo Lixa
(Membro externo – FURB)


Prof. Dr. Reginaldo de Souza Vieira
Coordenador adjunto do PPGD


Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer
Coordenador do PPGD

Dedico esse trabalho a todos que, de alguma maneira, incentivaram-me a levar a cabo essa labuta acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Ao finalizar esse trabalho não posso me furtar de agradecer algumas pessoas importantes que me auxiliaram nessa trajetória.

De início, agradeço a Deus pela força, inspiração e dedicação que me proveu na construção dessa dissertação.

Agradeço aos meus pais, Mário e Juelzira, pelo incentivo à busca do conhecimento desde tenra idade.

À minha irmã, Mariana, pela fraternal amizade.

À minha esposa, Bruna, pelo companheirismo, incentivo e compreensão ao longo da construção desse trabalho.

Ao professor doutor Lucas Machado Fagundes, pela maestria como orientou-me na elaboração deste trabalho.

Aos demais professores do programa de Mestrado em Direito da UNESC, pelo compromisso com o mister do ensino.

Por fim, aos colegas de curso pelas interações e trocas de conhecimentos.

“Trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontrar limites”.
(MONTESQUIEU, 2010, p. 169)

RESUMO

A presente pesquisa trata do fenômeno do hiperpresidencialismo no constitucionalismo brasileiro. Esse fenômeno ocorre quando o sistema presidencialista de governo adotado empodera o Presidente de tal modo que o põe em posição de proeminência frente aos demais poderes, em especial ao Poder Legislativo. O sistema de governo presidencialista teve sua gênese no constitucionalismo norte-americano, no século XVIII. Muitos criticam esse modelo por entenderem que o Presidente é dotado de competências em demasia, desequilibrando a equânime repartição de poderes do Estado. Esse sistema foi copiado por várias outras nações. Porém, os países latino-americanos, incluindo o Brasil, ao importarem o sistema presidencialista para suas Constituições, o fizeram conferindo ainda mais poderes ao Presidente, muitas das vezes erigindo um sistema de governo hiperpresidencialista. No constitucionalismo brasileiro, esse fenômeno se manifesta com maior expressão através do instituto das medidas provisórias. Por meio destas, é dada ao Presidente a possibilidade de exercer a função de legislador primário em casos excepcionais de relevância e urgência. Contudo, ao longo da história, os chefes do Executivo abusaram, e ainda abusam, do uso do provimento de urgência, ao arrepio do texto constitucional, em detrimento do verdadeiro titular da função, o Poder Legislativo, desenhando, assim, um sistema de governo hiperpresidencialista. Nesse sentido, a presente pesquisa se calca em analisar a atividade legiferante excessiva do Presidente da República como prática caracterizadora do hiperpresidencialismo em contradição ao constitucionalismo democrático. No tocante à metodologia utilizada, a pesquisa feita é do tipo qualitativa, pois fez-se uma análise crítica da previsão constitucional do instituto das medidas provisórias. O método utilizado é o dedutivo, na medida em que se analisará o instituto das medidas provisórias e o seu emprego por parte do Presidente da República, de modo que, a partir dessa análise, busca-se extrair uma conclusão específica. Quanto ao procedimento, é o monográfico. E, por fim, a técnica de pesquisa aplicada foi a documental indireta, através da pesquisa documental (legislação lato sensu) e bibliográfica (doutrina).

Palavras-chave: Constitucionalismo; Separação de Poderes; Presidente; Hiperpresidencialismo; Medida Provisória.

ABSTRACT

This research deals with the phenomenon of hyperpresidentialism in Brazilian constitutionalism. This phenomenon occurs when the presidential system of government occurs when the President is too powerful, in a way that places him in a position of prominence over the Legislative Power, in particular. The presidential system of government had its genesis in American constitutionalism, in the 18th century. Many critics of this model understand that the President is endowed with too many powers, unbalancing the equitable division of powers of the State. This system was replicated by several other nations. However, Latin American countries, including Brazil, by importing the presidential system into their Constitutions, did so by giving even more powers to the President, often creating a hyperpresidential system of government. In Brazilian constitutionalism this phenomenon manifests itself with greater expression through the institute of provisional measures. President the possibility of exercising the function of emergency in cases is given to determine and the urgency. However, throughout the history of the Chief Executives, they abused and still abuse the use of the urgency project, to the delay of the constitutional text, to the detriment of the true holder of the function, the Legislative Power, thus designing a hyperpresidential system of government. In this sense, the research is based on analyzing the exercise of the Republic as a practice characterized by hyperpresidentialism in building with democraticism, demonstrating how the exercise of the exercise of democracy, demonstrating. Regarding the methodology used, the research carried out is qualitative, as a critical analysis of the constitutional provision of the institute of provisional measures was carried out. The method used is deductive, as the institute of provisional measures and its use by the President of the Republic will be analyzed, so that, from this analysis, we seek to extract a specific conclusion. As for the procedure, it is the monograph. And, finally, the technique of applied research was the indirect documentary, through documental research (*lato sensu* legislation) and bibliographic research (*doctrine*).

Keywords: Constitutionalism; Separation of Powers; President; Hyperpresidentialism; Provisional Measure.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Dimensões teóricas de democratização.....	48
Figura 2 – Liberalização, inclusividade e democratização	49

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Medidas provisórias originárias editadas.....	181
Tabela 2 – Número de Medidas Provisórias originárias antes e depois da EC 32/2001	182
Tabela 3 – Medidas Provisórias reeditadas.....	182
Tabela 4 – Espaço de tempo médio que cada Presidente editou uma medida provisória.....	183
Tabela 5 – Destino das medidas provisórias anteriores à EC/32/2001	184
Tabela 6 – Destino das medidas provisórias posteriores à EC/32/2001	184
Tabela 7 – Produção legislativa do Congresso Nacional em cada mandato presidencial desde a edição da EC 32/2001	185
Tabela 8 – Percentual de medidas provisórias em relação às leis ordinárias	186
Tabela 9 – Percentual de MPs em relação às leis ordinárias genuinamente oriundas do Poder Legislativo	187
Tabela 10 – Proporção entre leis ordinárias e medidas provisórias após a EC 32/2001	187
Tabela 11 – Motivo da rejeição pelo Congresso Nacional após a EC 32/2001	188
Tabela 12 – Percentual de conversão em lei, rejeição e perda de eficácia após a EC 32/2001	198

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AI – Ato Institucional

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal

EC – Emenda Constitucional

Lei Compl. – Lei Complementar

MP – Medida Provisória

Nº – Número

ONU – Organização das Nações Unidas

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

STF – Supremo Tribunal Federal

UNESC – Universidade do Extremo Sul Catarinense

SUMÁRIO

1	INTRUDUÇÃO	14
2	CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO	17
2.1	PODER CONSTITUINTE E SOBERANIA POPULAR.....	17
2.1.1	A crise entre poder constituinte e processo constituinte	18
2.1.2	Soberania: paradoxo de limitação e de ilimitação do Estado.....	21
2.2	CONSTITUCIONALISMO <i>VERSUS</i> DEMOCRACIA.....	35
2.2.1	Constitucionalismo como direito político	40
2.2.2	Da democracia à poliarquia	42
2.3	REPARTIÇÃO DOS PODERES DO ESTADO.....	51
2.3.1	Evolução da teoria de separação de poderes.....	63
2.3.2	Repartição dos poderes no Estado Liberal e no Estado Social	65
3	DO PRESIDENCIALISMO AO HIPERPRESIDENCIALISMO	73
3.1	A origem viciada e a evolução do presidencialismo	73
3.2	Sistemas de governo – presidencialismo e parlamentarismo	77
3.2.1	Presidencialismo de coalizão – O presidencialismo à brasileira.....	88
3.3	O parlamentarismo no constitucionalismo brasileiro	90
3.4	O presidencialismo no constitucionalismo brasileiro	92
3.4.1	Constituição de 1824 – A Constituição do Império	93
3.4.2	Constituição de 1891 – A Constituição da República da Espada e das Oligarquias	95
3.4.3	Constituição de 1934 – A Constituição que morreu jovem.....	96
3.4.4	Constituição de 1937 – A Constituição do Estado Novo.....	99
3.4.5	Constituição de 1946 – A Constituição da redemocratização	104
3.4.6	Constituição de 1967 e sua Emenda de 1969 – A Constituição dos Atos Institucionais	107
3.4.7	Constituição de 1988 – A chegada da Constituição Cidadã	119
3.5	O fenômeno do Hiperpresidencialismo	126
3.5.1	A imobilidade e ineficiência do sistema	126
3.5.2	O empoderamento do Presidente	129

4	MEDIDAS PROVISÓRIAS COMO INSTRUMENTO DO HIPERPRESIDENCIALISMO	138
4.1	As razões teóricas para o executivo legislar	139
4.2	Fontes de inspiração no direito comparado	141
4.3	Os antecedentes pátrios autoritários.....	146
4.4	O governo legislando nos sistemas parlamentarista e presidencialista	148
4.5	Medidas provisórias na Assembleia Constituinte	151
4.6	Regramento das medidas provisórias	155
4.6.1	Natureza jurídica	155
4.6.2	Pressuposto objetivos para edição	156
4.6.3	Efeitos	161
4.6.4	Limites materiais	162
4.6.5	Procedimento para edição	166
4.6.6	Possibilidade de emenda no Parlamento.....	166
4.6.7	Trancamento da pauta	167
4.6.8	Eficácia temporal	169
4.6.9	Controle legislativo.....	173
4.6.10	Controle judicial	174
4.7	Uso desmedido	177
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	201
	REFERÊNCIAS.....	206

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo traz à baila a discussão sobre as atribuições e atuações dos poderes instituídos, em especial o Poder Executivo e o Legislativo, tendo por estribo a divisão dos poderes no sistema presidencialista de governo, tudo isso sob a ótica do constitucionalismo democrático. Tal temática é desenvolvida por meio da análise do instituto das medidas provisórias como ferramenta que dispõe o chefe do Poder Executivo, lhe permitindo extrapolar suas atribuições administrativas/governamentais e invadir aberrantemente a seara do Poder Legislativo.

Fazendo uma digressão na história constitucional brasileira, observa-se que esse empoderamento do chefe do Poder Executivo está presente há longa data. Contudo, recentemente, o uso das medidas provisórias tornou-se desmedido e desarrazoado. À guisa de exemplo, e só analisando o aspecto quantitativo, sob a égide da Constituição de 1988 já foram editadas em torno de mil e setecentas medidas provisórias originárias e mais cinco mil reeditadas.

Essa prática legiferante subverte o constitucionalismo democrático, já que este se funda na separação de poderes, com as funções do Estado definidas na Constituição e exercidas pelos representantes do povo. Dessa forma, quando o representante do povo escolhido para exercer a função do chefe do Poder Executivo extrapola as suas funções constitucionais estar-se-á frente a uma ofensa ao constitucionalismo e à própria democracia.

Frisa-se que o próprio texto constitucional confere supinos poderes ao Presidente da República, sendo o instituto das medidas provisórias um nítido exemplo. Mas a maneira como os presidentes vêm utilizando-se do instituto, o qual ingressa no ordenamento com um simples gesto presidencial, ao arrepio das balizas constitucionais e livre de controle eficaz pelos outros poderes, alça o Poder Executivo a um patamar díspar dos demais poderes, em especial do Poder Legislativo.

Essa proeminência do Presidente da República nomeia-se hiperpresidencialismo, o qual caracteriza-se quando o ordenamento jurídico confere

poderes em demasia ao chefe do Poder Executivo e, no caso do constitucionalismo brasileiro, o Presidente ainda extrapola os limites desses poderes, já em demasia.

Assim, propõe-se uma reflexão crítica sobre a desvirtuação das atribuições e competências do Presidente da República, a qual dá conotações de um hiperpresidencialismo ao sistema de governo brasileiro.

Nesse caminhar, utiliza-se como marco teórico o constitucionalismo crítico, entendido como o olhar ao direito constitucionalizado por meio da lente da democracia, consagrada através da relação de política e constitucionalismo. Propõe-se um resgate de temas políticos para o debate jurídico, em especial no que tange à organização dos poderes e à delimitação de suas funções no constitucionalismo democrático, com ênfase no abuso da edição de medidas provisórias por parte do Presidente da República.

No tocante à metodologia utilizada, a pesquisa feita é do tipo qualitativa, pois fez-se uma análise crítica da previsão constitucional do instituto das medidas provisórias. O método utilizado é o dedutivo, na medida em que se analisará o instituto das medidas provisórias e o seu emprego por parte do Presidente da República, de modo que, a partir dessa análise, busca-se extrair uma conclusão específica. Quanto ao procedimento, é o monográfico. E, por fim, a técnica de pesquisa aplicada foi a documental indireta, através da pesquisa documental (legislação *lato sensu*) e bibliográfica (doutrina).

Estabeleceu-se como problema de pesquisa a seguinte indagação: como o excesso de edição de medidas provisórias configura abuso no uso das atribuições legislativas conferidas de forma atípica pela Constituição Federal ao chefe do Poder Executivo e caracteriza o constitucionalismo democrático com um caráter de força hiperpresidencialista?

Traçou-se como hipótese de pesquisa que o uso indevido das medidas provisórias torna-se uma ferramenta nas mãos do chefe do Poder Executivo lhe conferindo poderes para atuar como típico legislador, transcendendo, de forma gritante, a clássica divisão de poderes e colocando-o em posição de proeminência frente aos demais poderes, culminando com o que se chama de hiperpresidencialismo. Esse empoderamento nas mãos do chefe do Poder Executivo,

aliado ao uso exacerbado e ao arrepio dos limites constitucionais, em detrimento dos demais poderes, subverte o constitucionalismo moderno na sua face democrática, pois este se calca – desde o seu nascimento – na separação de poderes do Estado, refutando a sua concentração em uma única pessoa, sob pena de se instalar o despotismo constitucional.

A estruturação do estudo deu-se lastreada no objetivo geral de analisar a atividade legiferante excessiva do Presidente da República como prática caracterizadora do hiperpresidencialismo em contradição com o constitucionalismo democrático. Nos objetivos específicos, estabeleceram-se três principais: interpretar o constitucionalismo democrático através da separação dos poderes; analisar o fenômeno do hiperpresidencialismo no sistema de governo presidencialista; e, por fim, verificar o fenômeno do hiperpresidencialismo no direito constitucional brasileiro através do instituto das medidas provisórias e, em especial, o seu uso abusivo e excessivo.

Nesse sentido, esse trabalho é cindido em três capítulos. No primeiro, realizar-se-á a discussão sobre o constitucionalismo democrático, o poder constituinte, o constitucionalismo em cotejo com a democracia e, por fim, a análise da separação de poderes nesse contexto. No segundo capítulo, tratar-se-á dos sistemas de governo presidencialista e parlamentarista, com um apanhado histórico-constitucional brasileiro sobre esse tema e a análise e interpretação de existência de um sistema presidencial hiperpresidencialista. Por derradeiro, no terceiro capítulo busca-se detalhar a atividade legislativa do Presidente da República, apresentando as razões, as fontes no direito comparado, o histórico no direito brasileiro e o detalhamento do instituto das medidas provisórias. Nesse último capítulo, já na parte final do trabalho, também serão apresentados dados quantitativos e qualitativos da produção legislativa brasileira sob a égide da Constituição Federal de 1988.

2 CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Nesse capítulo inicial, tratar-se-á sobre a relação íntima existente entre o poder constituinte, soberania popular e democracia, assentando a premissa de que o poder constituinte – corolário que é da soberania popular, e esta da democracia – não encontra limites no poder constituído. Assim, inicialmente traz-se à baila a discussão sobre o poder constituinte e sua relação com o constitucionalismo, frisando-se que aquele não se subjugua a este.

Aborda-se a imperiosa necessidade de que o pensamento constitucional tenha os seus olhos voltados para a realidade política, partindo da premissa de que a Constituição deve tratar também de questões políticas.

Na sequência, trata-se da relação entre constitucionalismo e democracia, suscitando a crítica de que atualmente o constitucionalismo sobressai-se à democracia, fulminando, assim, a soberania popular.

Por fim, nessa toada de estudos dos poderes instituídos em consonância com o poder constituinte democrático, finda-se o capítulo tratando da repartição dos poderes do Estado.

2.1 PODER CONSTITUINTE E SOBERANIA POPULAR

Inicia-se o presente estudo pontuando que se tem como marco teórico o constitucionalismo crítico, na perspectiva da relação entre política e constitucionalismo. De maneira que o poder constitucionalizado deve representar a vontade de seu titular e não ser uma forma de aniquilá-la ou distorcê-la. Nas palavras de Antonio Negri (2015), o constitucionalismo não pode servir para calar o poder constituinte.

Consoante assevera sabiamente Gilberto Bercovici (2004), o pensamento constitucional crítico considera que o pensamento jurídico dominante acastelou o constitucionalismo, alijando-o da realidade política e, por conseguinte, da democracia. Tornando-o uma norma suprema, absoluta, que serve de validade para outras normas e realidades, mesmo que essas conflitem com a realidade política.

Assim traz-se à baila o debate político no constitucionalismo, possibilitando uma interpretação crítica no sentido da separação entre o direito constitucionalizado (constitucionalismo) e a democracia substancial.

A organização e limitação dos poderes do Estado não se legitima tão somente no constitucionalismo, leia-se na norma constitucional posta. Analisar a ordem constitucional tão somente sob o olhar jurídico, procedimental, naquilo que está positivado, alijando-se do olhar político, estar-se-á subjugando o legítimo poder democrático, qual seja, o poder constituinte.

Gilberto Bercovici (2004), trabalhando o constitucionalismo crítico em seu texto “Constituição e Política: uma relação difícil”, assevera que a interpretação do texto constitucional não pode se dar de maneira desconexa da realidade política. “O pensamento constitucional precisa ser reorientado para a reflexão sobre os conteúdos políticos” (BERCOVICI, 2004, p. 05). O autor preconiza ser inviável entender e interpretar a Constituição fora da realidade política, valendo-se tão somente de instrumentos jurídicos, pois “[...] a Constituição não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também políticas” (BERCOVICI, 2004, p. 06).

2.1.1 A crise entre poder constituinte e processo constituinte

O poder constituinte originário é a manifestação, por excelência, da democracia e da soberania popular e não encontra limites no direito posto. Assim, o constitucionalismo necessariamente precisa ser visto sob a ótica da democracia.

Na visão de José Afonso Silva (2014), a democracia não se resume a um simples conceito abstrato, desconexo da realidade fática, mas, sim, um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no decorrer da história. Dessa forma, “[...] a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta e indiretamente, pelo povo e em proveito do povo” (SILVA, 2014, p. 128).

O ilustre autor Gilberto Bercovici (2013) categoriza o poder constituinte como a manifestação da soberania, tratando-o como um poder histórico, de fato, não

limitado pelo direito e, ainda, infere que ele não pode ser reduzido juridicamente, pois tem caráter originário e imediato. Como dito, é a expressão por excelência da democracia.

O poder constituinte se manifesta formal e tecnicamente através do processo constituinte, o qual se trata dos atos de discussão, elaboração e aprovação de uma nova Constituição. Previamente convém pontuar a distinção proposta por Pisarello (2014, p. 18) sobre reforma constitucional e processo constituinte:

Reforma constitucional y proceso constituyente desde luego, no son conceptos intercambiables. El primero alude a un cambio en la Constitución que procede de acuerdo a los procedimientos constitucionales previstos. En proceso constituyente, en cambio, supone la elaboración de una Constitución nueva.

Esse processo, como sendo a manifestação do poder constituinte popular, deve representar a vontade livre da sociedade. Assim é o escólio de Pisarello (2014, p. 11):

Um proceso constituyente, em efecto, puede ser democrático, pero también puede ser autoritario o elitista. Puede partir de una Asamblea Constituyente, libremente escogida, encuyos trabajos participen sectores amplios y plurales de la sociedad, y puede concluir en la redacción de una Constitución sometida a ratificación democrática. Pero también puede realizarse en condiciones de secretismo y de exclusión, bajo el dominio de las elites gobernantes o de grupos de poder no sometidos el control de la ciudadanía.

O político e jurista hispano-argentino Gerardo Pisarello (2014) classifica os processos constituintes em democratizadores e “desdemocratizadores”. A estes, inclusive, ele chama não de processo constituinte, mas de “desconstituinte”:

[...] procesos constituyentes democratizadores y procesos constituyentes (o deconstituyente) desdemocratizadores. Los primeros serían aquellos que asumen una perspectiva ex parte populi, desde abajo, y tienden a una distribución más o menos igualitaria del poder, tanto político como económico. Los segundos, en cambio, serían los que suelen asumir un punto de vista ex parte principio, desde arriba, y tienden a su concentración o en pocas manos. (PISARELLO, 2014, p. 12).

Prudente esclarecer que o autor concentra sua obra nos processos constituintes de reforma. Desse modo, os processos desconstituintes usam o poder constituinte de reforma como maneira de burlar os anseios democráticos do poder constituinte originário.

O processo constituinte democratizador é a materialização, no campo jurídico, do poder constituinte popular soberano. É o meio para formalizar as relações política, jurídicas, culturais, econômicas e sociais de um povo, como leciona Pisarello (2014, p. 21):

Como sucede en todas las categorías teóricas, la de proceso constituyente viene precedida de una dilatada experiencia histórica. En ella madura y adquiere sus contornos principales. No se trata, desde luego, de una categoría unívoca, ya que puede aludir a realidades diversas. No es lo mismo, por ejemplo, constituir una comunidad política que elaborar un documento legislativo específico llamado Constitución. En el primer caso, se está ante un proceso orientado a fundar o a modificar aspectos sustanciales de las relaciones políticas, económicas, sociales y culturales, incluidas las jurídicas. En el segundo, se hace referencia a un proceso más concreto y circunscrito: aquel que tiene como propósito aprobar una Constitución, esto es, un texto que aspira a regular la organización del poder y a garantizar determinados derechos y libertades a los miembros de la comunidad.

Geraldo Pisarello (2014) assevera, ainda, que o processo constituinte quando não representa a fiel manifestação do poder constituinte – entendendo este como a manifestação livre da soberania popular – torna-se instrumento para o flagelo da democracia. É o que chama de processo constituinte desdemocratizador, ou processo desconstituinte. Daí o nome de sua obra: “Processo Constituinte: caminho para a ruptura democrática”. Há uma diametral guinada de finalidade. O que foi concebido como instrumento para materialização da democracia, torna-se meio para sufocá-la.

Assim, o processo constituinte será democratizador quando retratar a manifestação da soberana democracia popular. Em sentido contrário, será desdemocratizador quando atender a interesses oligárquicos.

Convém repisar o já dito alhures sobre a soberania do poder constituinte e a sua não submissão ao poder constituído. Pensar de modo diverso estar-se-á a permitir que a democracia seja sobrepujada por poderes escusos.

O jurista hispano-argentino, discorrendo sobre os processos constituintes espanhóis, trata pragmaticamente com maestria sobre a relação de poder constituinte, poder constituído e processo constituinte:

Durante varias décadas, se consideró que si la Constitución era soberana, el poder constituyente no podía serlo. Por el contrario, debía entenderse subsumido en el marco constitucional y en la actuación de los poderes constituidos. Esta concepción, sumada a la idea de que la Constitución debía considerarse un texto jurídico antes que político, no fue en ningún caso neutral. Contribuyó a limitar el alcance del principio representativo y marginar los mecanismos de participación directa de la ciudadanía. Y dejó un flanco expuesto a otros poderes constituyentes no democráticos, que no tardarían en trastocar de manera profunda los marcos constitucionales de posguerra. Estos poderes impulsarían auténticos procesos deconstituyentes, esto es, procesos de vaciamiento del contenido democrático y garantista de las constituciones vigentes. Una veces, mediante su inaplicación lisa y llana o mediante su aplicación restrictiva. Otras, a través de mutaciones tácitas o de reformas explícitas. Y otras, por fin, mediante su subordinación a normas de contenido antisocial proveniente de ordenamientos supraestatales. (PISARELLO, 2014, p. 16).

Assim, o poder constituinte, como manifestação da soberana democracia, não encontra limites no poder constituído. É soberano. E o processo constituinte deve observá-lo como fundamento matriz, jamais o contrário.

2.1.2 Soberania: paradoxo de limitação e de ilimitação do Estado

Nesse caminhar de estudo sobre o poder constituinte, faz-se importante a abordagem sobre a soberania.

A etimologia e semântica da palavra “soberania” foi fruto de mutações com o passar do tempo. Juliana Neuenschwander Magalhães (2016) faz um apanhado histórico minudente relacionando as transformações da palavra (signo) com as mudanças das estruturas sociais:

A palavra “soberania” tem sua raiz no francês antigo *souvera*, em italiano soprano ou *sovrano*, que derivam do adjetivo do baixo latim *superaneus*. Denotou, primeiramente, a “qualidade do soberano”, daquele que tem supremacia ou está em posição de superioridade em relação a outros – seus inferiores. Na Idade Média, quando começam a despontar no vocabulário político e jurídico – de forma aproximadamente simultânea, as palavras *souveraineté* (para os franceses) e *sovranità* (para os italianos) indicam a posição de superioridade de uma pessoa, ou seja, a posição daquele que é

superior, sendo utilizadas para expressar essa ideia em muitos contextos: na religião, nas relações familiares e, por fim, também na política e no direito. Etimologicamente, o adjetivo “soberano”, referido a uma pessoa, antecedeu a formação do substantivo “soberania”, que vem indicar a qualidade daquela pessoa. Tal fato demonstra que ocorreu um processo, ao fim do qual a qualidade indicada por “soberania” separou-se da pessoa chamada “soberano”. Observando-se esse processo evolutivo, pode-se determinar o cerne do conceito nesta progressiva despersonalização da noção de soberania que, afinal, acabou por traduzir – curiosamente – não a supremacia do poder, mas a submissão deste à lei³. Nessa evolução, falou-se primeiro de uma “soberania que ao soberano pertence” e, somente depois, em soberania como a qualidade de um ente abstrato como o Estado ou, ainda, o “povo” (MAGALHÃES 2016, p. 39).

Soberania está relacionada com a imposição do Estado como unidade e o reconhecimento da sua supremacia. É o fundamento para que o Estado seja único, independente e soberano, não se curvando a nenhum outro Estado ou poder político na organização social interna do território abarcado por esse poder. Dessa maneira, se posiciona Juliana Magalhães (2016, p. 103):

Já em sua primeira formulação moderna, pode-se observar que a soberania surge como uma solução única para problemas que, na realidade, são diversos. O primeiro desses problemas é aquele relativo à necessidade de imposição da unidade estatal enquanto unidade, também, jurídica. O segundo, de natureza propriamente política, diz respeito ao reconhecimento da qualidade da supremacia do poder estatal como característica das organizações político-estatais.

Nessa toada, faz-se mister trazer à lume as reflexões feitas pelo renomado Luigi Ferrajoli (2007) sobre soberania. O jurista italiano pontua algumas teses da origem da soberania.

Em uma primeira perspectiva, a ideia de soberania tem sua gênese eminentemente prática, voltada a dar fundamento jurídico à conquista do Novo Mundo pelos europeus, com base no *ius investitionis* (direito de descobrimento). Ferrajoli (2007) refuta essa tese com fulcro no pensamento de Francisco de Vitória, o qual contestou os títulos dos conquistadores calcando-se em três ideias basilares, em suas palavras: “a) a configuração da ordem mundial como sociedade natural de Estados soberanos; b) a teorização de direitos naturais dos povos e dos Estados e c) a reformulação da doutrina cristã da ‘guerra justa’, como sanção jurídica às ofensas sofridas” (FERRAJOLI, 2007, p. 06).

A primeira ideia basilar se pugna na existência de uma ordem mundial como *communitas orbis*, ou seja, uma sociedade de Estados soberanos igualmente livres e independentes, estando todos submetidos internamente às suas próprias leis, porém externamente a um único direito, denominado direito das gentes (FERRAJOLI, 2007).

A segunda ideia está umbilicalmente ligada com a primeira e versa sobre a existência de um conjunto de direitos naturais imanentes a todos os povos, dentre eles o direito a serem livres e soberanos (FERRAJOLI, 2007).

A terceira e última versa sobre a mudança de paradigma de legitimação da guerra justa, redefinida como “reparação das *injurias* e, portanto, como instrumento de atuação do direito”, tendo como fundamento o fato de que “[...] se os Estados estão submetidos ao direito das gentes e, na falta de um tribunal superior, seus argumentos não podem ser impostos senão com a guerra” (FERRAJOLI, 2007, p. 06).

Com a consolidação dos Estados Nacionais e do absolutismo (século XVII), a definição de soberania sofre profunda mudança, passando a ser vista com caráter absoluto e com poucas limitações. Conforme Ferrajoli (2007, p. 19):

Todas as aporias presentes no pensamento de Vitório são superadas, neste posto, pela teorização explícita do caráter absoluto da soberania interna; com os únicos limites, para Bodin, das leis divinas e naturais e, para Hobbes, da lei natural vista como princípio de razão, além do limite do vínculo contratual da tutela da vida dos súditos.

Há de se destacar que é em Thomas Hobbes que surge a ideia de Estado-pessoa, de Estado dotado de personalidade, o que dá mais substrato à concepção de soberania em tela. Em sua obra “Do Cidadão”, Hobbes assevera que o Estado¹ é uma pessoa, fruto da união de vontades dos cidadãos, dotada de poder para garantir a defesa de toda a sociedade. Nesses termos se posiciona o autor inglês:

A união assim feita diz-se uma cidade, ou uma sociedade civil, ou ainda uma pessoa civil: pois, quando de todos os homens há uma só vontade, esta deve ser considerada como uma pessoa, e pela palavra uma deve ser conhecida e distinguir-se de todos os particulares, por ter ela seus próprios direitos e

¹ Nessa obra, ao invés de “Estado”, Thomas Hobbes utiliza a expressão “cidade” ou “sociedade civil”, porém com o mesmo cunho de Estado aqui empregado.

propriedades. Por isso, nenhum cidadão isolado, nem todos eles reunidos (se exceuarmos aquele cuja vontade aparece pela vontade de todos), deve ser considerado como sendo a cidade. **Uma cidade, portanto, assim como a definimos, é uma pessoa cuja vontade, pelo pacto de muitos homens, há de ser recebida como sendo a vontade de todos eles; de modo que ela possa utilizar todo o poder e as faculdades de cada pessoa particular, para a preservação da paz e a defesa comum** (HOBBS, 2002, p. 97, grifo nosso).

Em sua clássica obra “Leviatã”, Hobbes ilustra como se dá o surgimento dessa pessoa dotada de soberania denominada Estado:

[...] seria como se cada homem dissesse ao outro: desisto do direito de governar a mim mesmo e cedo-o a este homem, ou a esta assembleia de homens, dando-lhe autoridade para isso, com a condição de que desista também de teu direito, autorizado, da mesma forma, todas as suas ações. Dessa forma, a multidão assim unida numa só pessoa passa a chamar-se Estado (em latim, *Civitas*). Essa é a geração do grande Leviatã [...]. Em virtude da autorização que cada indivíduo dá ao Estado usar todo poder e força, esse Estado, pelo temor inspira, é capaz de conformar todas as vontades, a fim de garantir a paz em seu país, e promover a ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros. **A essência do Estado consiste nisso e pode ser assim definida: uma pessoa instituída**, pelos atos de uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, como autora, de modo a poder usar a força e os meios de todos, da maneira que achar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum (HOBBS, 2014, p.142, grifo nosso).

Dessa forma, Hobbes personifica o Estado.

Segundo Ferrajoli (2007), a definição de Hobbes de Estado como pessoa ou “homem artificial” ecoa até os dias de hoje, “à qual a soberania é associada como essência ou ‘alma artificial’” e, concomitantemente, como poder absoluto.

Contudo, essa perspectiva de soberania, que dá suporte teórico ao Estado-pessoa, soberano, permite que esse mesmo Estado não se furte de impor-se frente a outro Estado, também soberano. A soberania absoluta legitima a intervenção, a imposição, a colonização, o saque, a negação de um Estado por outro. Estar-se-á frente a um estado de natureza, não mais da perspectiva individual, mas, sim, estatal. Legitima-se a guerra externa, sob o pálio da soberania, consoante leciona Ferrajoli (2007, p. 20):

Se o Estado é soberano internamente, e ele o é por necessidade, não existindo fontes normativas a ele superiores, também o é externamente. Mas

a sua soberania externa, juntando-se à soberania paritária externa dos outros Estados, equivale a uma liberdade selvagem que reproduz, na comunidade internacional, o estado de natural desregramento, que internamente a sua própria instituição havia negado e superado.

O Estado – na concepção hobbesiana – como instituição soberana criada pelo agrupamento de vontades de seus integrantes, voltado à paz, à defesa comum, à pacificação interna, à dar cabo ao estado de natureza, é soberano também frente a todos os demais Estados. Legitima-se a guerra entre os Leviatãs.

Nesse sentido, explica Ferrajoli (2007, p. 21):

É assim que a criação do Estado soberano como fator de paz interna e de superação do *bellum omniun* (guerra de todos) entre as pessoas de carne e osso equivale à fundação simultânea de uma comunidade de Estados que, justamente por serem soberanos, transforma-se em fatores de guerra externa na sociedade artificial de Leviatãs com eles geradas.

Para Hobbes (2014), os efeitos da liberdade para um indivíduo em estado de natureza, sem leis civis a cumprir, são os mesmos para os Estados soberanamente independentes. “Cada Estado tem absoluta liberdade de fazer tudo que considerar favorável aos seus interesses” (HOBBS, 2014, p. 174).

Essa perspectiva de Estados soberanos culmina com a legitimação das conquistas coloniais, sob o argumento de civilizar os selvagens. Constrói-se, unilateralmente, a retórica de que os povos do “Novo Mundo” (África e América) vivem em estado natural e devem ser civilizados por uma Nação (povo) já desenvolvida. Dá-se aí o fundamento jurídico para o processo de colonização dos povos no Novo Mundo pelos Estados europeus.

John Locke (2019, p. 114-154), em sua secular obra “Segundo tratado sobre o governo civil”, descreve os povos da América:

Suponhamos que um homem, ou uma família, no estado em que se achavam no início, quando os filhos de Adão ou de Noé povoaram o mundo, cultivassem terras sem dono, situadas no interior da América. [...] Porque eu gostaria que me respondessem se, nas florestas selvagens e nas terras incultas da América, abandonadas à natureza sem qualquer aproveitamento, agricultura ou criação, mil acres de terra forneceriam a seus habitantes miseráveis uma colheita tão abundante de produtos necessários à vida quanto dez acres de terra igualmente fértil o fazem em Devonshire, onde são bem cultivadas? [...] Assim, no início, toda a terra era uma América, e mais ainda que hoje, pois em parte alguma se conhecia o dinheiro. [...] Aquele que

fosse insolente e nocivo nas florestas da América, provavelmente não estaria melhor em um trono; onde, talvez, a ciência e a religião seriam consultadas para justificar tudo o que ele quisesse fazer a seus súditos.

Esse contexto de Estado absolutamente soberano, alimentado pela falácia de superioridade cultural, irá dar azo ao expansionismo europeu, sobrepujando povos e culturas tidas como inferiores, estribado no direito-dever de civilizar os povos incivilizados, como descreve Luigi Ferrajoli (2007, p. 24):

É assim que a cultura política laica e liberal também encontra no Novo Mundo – além do modelo de “estado de natureza”, sobre cuja oposição ao “estado civil” ela edificará a nova legitimação racionalista do Estado moderado – o parâmetro da desigualdade e da superioridade do homem branco, que permitirá alimentar o racismo, fenômeno puramente moderno, e ao mesmo tempo legitimar o expansionismo europeu em suas várias formas: primeiramente, a da conquista e da colonização, depois a da exploração e da homologação, e, por fim, a da exportação ao mundo inteiro dos modelos culturais e políticos do Ocidente, a partir do próprio modelo institucional do Estado soberano e do modelo da guerra entre Estados que constitui o corolário deste.

Com o advento da Idade Contemporânea, a partir da Revolução Francesa, a ideia de soberania toma dois caminhos opostos: limita-se no plano interno dos Estados e expande-se no campo externo.

No fervor da Revolução Francesa, Joseph Sieyès (1997, p. 117-119) escreveu sua obra mais célebre intitulada “A constituinte burguesa – O que é o Terceiro Estado?”, na qual desenvolveu a teoria de que toda Constituição pressupõe um poder soberano e constituinte, ao qual todos os poderes instituídos estão subordinados. Para Sieyès, esse poder – denominado poder constituinte – é imanente à soberania e superior aos poderes instituídos, não podendo por este ser modificado. Assim, os poderes constituídos estão (e são) submissos ao poder constituinte que lhes deram origem, sendo este fruto da soberania popular. Destarte, o próprio direito posto está vinculado à própria vontade do Poder Constituinte, o qual é corolário da soberania.

Para Sieyès (1997), a compreensão de soberania está vinculada à soberania nacional e não à popular, isto porque entendia que a concepção de povo

está integrada à de nação, sendo essa o Terceiro Estado, o qual se sobrepunha ao Primeiro e Segundo Estados (o clero e a nobreza).

Nessa fase, a soberania interna se limita com o nascimento do Estado Liberal, mitigando as influências do Estado na esfera individual. A sedimentação de direitos humanos, os direitos e garantias individuais, o princípio da legalidade, a limitação do poder do soberano, frutos das revoluções liberais e previstos nas cartas constitucionais, vão aplacar a relação soberano/súdito havida entre Estado e cidadãos. O indivíduo deixa de estar subordinado piamente ao soberano, passando todos, inclusive o Estado, a se submeterem ao império da lei. Há a própria negação da soberania interna do Estado (FERRAJOLI, 2007, p. 24).

Por sua vez, a soberania externa assume posição desenfreada e ilimitada, em especial no final do século XIX e início do século XX. O estado de direito, sedimentado após as revoluções liberais, impõe ao Estado a obediência ao direito e, com essa mesma razão, esse Estado submete-se ao seu direito interno, não havendo submissão a normas alienígenas.

Ferrajoli (2007, p. 37) assevera que tanto mais o Estado se torna limitado às suas normas, mais se absolutiza em relação aos demais, em especial no que tange aos povos “incivilizados”. Há a negação do direito internacional e a legitimação do expansionismo firmados no paradigma da soberania estatal.

Esse paradigma de soberania estatal externa ilimitada atinge seu auge com as Grandes Guerras do século XX, bem como chega ao seu fim (ao menos no campo normativo) com os documentos internacionais firmados pelos Estados e pela Organização das Nações Unidas (ONU) no pós-guerra. Ferrajoli (2007) afiança que a Carta da ONU, de 1945, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, transformam a ordem jurídica mundial do estado de natureza ao estado civil. “A soberania do Estado deixa de ser, com elas, uma liberdade absoluta e selvagem e se subordina, juridicamente, a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos” (FERRAJOLI, 2007, p. 39).

O *ius ad bellum* (direito de guerra), outrora inerente à soberania externa, é rechaçado pela Carta das Nações Unidas, de 1945, que vem representar um

“verdadeiro contrato social internacional”, transmutando o direito internacional, o qual se torna um “ordenamento jurídico supraestatal” (FERRAJOLI, 2007, p. 41).

Para Ferrajoli (2007), nesse momento esvaíram-se todas as características da soberania, seja interna ou externa. Aquela já havia se esvaziado com o advento do estado constitucional de direito; esta, agora, se esvanece com a presença do sistema de normas cogentes internacionais.

Contudo, paradoxalmente, no plano fático, a soberania (ou até o imperialismo) das grandes potências ainda sobrepuja os estados menos desenvolvidos economicamente.

Muito embora a existência de um arcabouço normativo internacional de cogente aplicação, garantindo a autodeterminação dos povos, a paz, a não intervenção, a prevalência dos direitos humanos, bem como de alguns organismos internacionais (como Organização das Nações Unidas, Tribunal Penal Internacional etc.), que buscam (ou deveriam buscar) a efetividade desses direitos, na seara prática veem-se reiteradas contradições.

Aprofundando a temática em estudo, o professor Paulo Bonavides (2017, p. 137) assevera sobre a importância de se distinguir “soberania do Estado” e “soberania no Estado”:

Com a expressão *soberania do Estado* busca-se sobretudo assinalar a preeminência do grupo político – o Estado, seus antecedentes hierárquicos – sobre os demais grupos sociais internos ou externos com os quais se defronta e se afirmar a cada passo, e que são, do ponto de vista interno, comunidades humanas como a Igreja, a escola, a família, etc., e do ponto de vista externo, a comunidade internacional. [...] A *soberania no Estado* formaria, ao revés, outra categoria de problemas de relevante importância, concentrados sumariamente na determinação da autoridade suprema no interior do Estado, na verificação hierárquica dos órgãos das comunidades políticas e, sobretudo, na justificação da autoridade conferida ao sujeito ou titular do poder supremo.

Assim, digna de maiores digressões teóricas é a discussão sobre o titular que se acha investido de poder na “soberania no Estado”. Historicamente, têm-se uma sequência de teses firmadas a depender do contexto político e social vivenciado. Pode-se apontar a existência de dois grandes grupos: as doutrinas teocráticas e as doutrinas democráticas.

As doutrinas teocráticas convergem em torno do mesmo núcleo duro, a saber, a base divina é a fonte do poder. Apresentam-se de três maneiras: doutrina da natureza divina dos governantes, doutrina da investidura divina e a doutrina da investidura providencial. A primeira trata os governantes como deuses encarnados, o monarca seria o titular da soberania, sendo objeto de culto e veneração. A segunda, com forte influência da doutrina cristã, objetando a investidura divina dos reis, professa que o rei não é um deus, mas, sim, alguém escolhido e investido por Deus para exercer um poder de natureza divina; os monarcas seriam os executores da vontade de Deus e somente a ele são responsáveis, ou seja, a soberania é do monarca, tendo sido delegada por Deus. A terceira doutrina apregoa que o poder do governante é de origem divina, mas não ele próprio; os governados têm participação na escolha do governante, porém o poder que a este é conferido deriva da soberania divina. Por essa teoria, conciliam-se os postulados da soberania teológica e os alguns princípios da democracia (BONAVIDES, 2017, p. 138-140).

As doutrinas democráticas, por sua vez, assentam o povo como a fonte de todo poder político. São divididas em doutrina da soberania popular e doutrina da soberania nacional.

O saudoso professor Paulo Bonavides (2017) discorre com maestria sobre a doutrina da soberania popular:

A doutrina da soberania popular, a primeira e inconfundivelmente a mais democrática das doutrinas em exame, não postula necessariamente uma forma de república de governo, tanto que Hobbes a desenvolveu para derivar da vontade popular, na sua teoria do contrato social, a justificação do poder monárquico, e Rousseau, com maior desabuso e não menos rigor, fê-la compatível com todas as formas de governo. [...] A soberania popular, segundo o autor do Contrato Social e seus discípulos, é tão somente a soma das distintas frações de soberania, que pertencem como atributo a cada indivíduo, o qual, membro da comunidade estatal e detentor dessa parcela do poder soberano fragmentado, participa ativamente na escolha dos governantes. Essa doutrina funda o processo democrático sobre a igualdade política dos cidadãos e o sufrágio universal, consequência necessária a que chega Rousseau, quando afirma que se o Estado for composto de dez mil cidadãos, cada um deles terá a décima milésima parte da autoridade soberana (BONAVIDES, 2017, p. 141).

Já a doutrina da soberania nacional, tendo como titular do poder soberano a Nação, e não o povo, nasce conjuntamente com o desiderato de mitigar o poder

popular, muito embora não declare expressamente esse objetivo, como apresenta Bonavides (2017, p. 142):

Os publicitas franceses da primeira fase da Revolução – a que vai de 1789 a 1791 – não ficaram indiferentes às consequências que, em boa lógica, derivariam daquela posição *rousseauiana*, com a qual se conduziria o elemento popular à plenitude do poder político e ao eventual despotismo e onipotência das multidões. Cumpria dar ao problema da soberania solução jurídica, política e social, concebida em termos de participação limitada da vontade popular, que evitasse, de uma parte, a continuação do regime monárquico e autocrático e, de outra parte, coibisse os excessos em que se desempenharia a autoridade popular, caso lhe fosse conferido o pleno exercício do poder. [...] A doutrina democrática da soberania que os poderes da Revolução fundaram e fizeram prevalecer na Assembleia Constituinte foi a doutrina da soberania nacional. A Nação surge nessa concepção como depositária única e exclusiva da autoridade soberana. Aquela imagem do indivíduo titular de uma fração da soberania, com milhões de soberanos em cada coletividade, cede lugar à concepção de uma pessoa privilegiadamente soberana: a Nação. Povo e Nação formam uma só entidade, compreendida organicamente como ser novo, distinto e abstratamente personificado, dotado de vontade própria, superior às vontades individuais que o compõem. A nação, assim, constituída, se apresenta nessa doutrina como um corpo vivo, real, atuante, que detém a soberania e a exerce através de seus representantes.

Arremata Bonavides (2017, p. 142) afirmando que a mais gritante distinção entre as doutrinas da soberania democrática popular e nacional dá-se quanto ao exercício da participação política. Naquela, há universalização, onde todo indivíduo tem direito a participar, pois é detentor de uma parcela da soberania. Nesta, há restrição àqueles que a Nação investir de tal prerrogativa, pois a soberania não está nas mãos do indivíduo, mas, sim, da Nação.

Muito embora a doutrina da soberania nacional ter sido grande influência no direito político pós-Revolução Francesa² no auge do seu liberalismo, hodiernamente resta bastante claro que os seus fundamentos eram escusos, quais sejam, dominação da emergente burguesia e que a verdadeira e legítima soberania é a popular.

² Declaração dos Direitos do Homem (1789) – “Art. 3º. O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente”.

Constituição Francesa (1791) – “Art. 1º do Título III - A Soberania é una, indivisível, inalienável e imprescritível. Ela pertence à Nação e nenhuma parte do povo nem indivíduo algum pode atribuir-se o exercício”.

Nesse sentido, a soberania é inata ao povo, de onde emana todo o poder, em especial, o poder constituinte. Assim, a democracia popular é decorrente da titularidade do poder soberano nas mãos do povo, o que não encontra limites no direito positivado.

Destaca-se que a soberania popular como *potestas absoluta* (poder absoluto) sempre foi vista com receio, até mesmo nos períodos revolucionários. Nessa perspectiva, descreve Domenico Losurdo (2004) a contenda pós-Revolução Francesa no tocante à garantia universal de direitos políticos – o que seria, em tese, corolário da igualdade entre todos os homens, pugnada pelos revoltosos – ou o voto censitário, com fulcro em preservar o direito dos proprietários de riquezas:

Depois do Termidor, a burguesia liberal termina por se ver diante de um dilema: por um lado, adere ao regime representativo em função antiabsolutista e antifeudal; por outro, deve impedir que a representação política confira uma excessiva influência às massas populares. Daí, portanto, o retorno a uma política de rígida restrição censitária dos direitos políticos: a crítica à política social dos jacobinos tem lugar *pari passu* com a crítica ao sistema eleitoral democrático. Particularmente visado é o imposto progressivo, denunciado como sinônimo de "lei agrária" e, portanto, de atentado ao direito de propriedade. Boissy d'Anglas declara ser preciso excluir os não-proprietários dos direitos políticos: caso contrário, eles "estabelecerão ou farão estabelecer taxas funestas" (Lefebvre, 1984, p. 28 ss. e 35). Esta é também a opinião de Constant, para o qual, precisamente, as medidas que comportam isenção tributária ou um tratamento fiscal favorável para os pobres não só penalizam injustamente "a riqueza", mas terminam por tratar "a pobreza como um privilégio" e por instituir "no país uma casta privilegiada", da qual, no entanto, surpreendentemente, fazem parte não os nobres ou os ricos, mas os miseráveis (Guillemin, 1958, p. 76 ss.). [...] Para a tradição liberal, trata-se, exatamente, de neutralizar politicamente estas massas em condições de indigência ou literalmente famintas (LOSURDO, 2004, p. 16).

Com efeito, os girondinos, com a Reação Termidoriana, derrotam os jacobinos e derrubam grande parte das medidas mais radicais por eles tomadas, entre elas a retomada da restrição censitária aos direitos políticos, pelas razões supra apresentadas por Losurdo (2004). Ou seja, a absoluta soberania popular – primado da igualdade – quedou-se frente ao poder dos proprietários, a fim de protegê-los de eventuais insurreições plebeias.

Domenico Losurdo (2004, p. 16) descreve algumas teses suscitadas por liberais pós-revolução que tinham por escopo temperar a universalidade do sufrágio.

Afirma que, para Benjamin Constant, as restrições censitárias seriam mais acentuadas do que foram no passado, a fim de evitar que os miseráveis viessem a se tornar uma “casta privilegiada”, ao se aproveitarem do poder político para imporem uma redistribuição de renda. O poder político deve constituir privilégio das classes ricas; caso contrário, expõe a ordem social existente a riscos intoleráveis.

Assim explana seu pensamento:

Observem que o escopo necessário dos não-proprietários é chegar à propriedade: eles empregarão, para este escopo, todos os meios que lhes forem dados. Se à liberdade de ofício e de trabalho (*de facultés et d'industrie*), que lhes é devida, acrescentarem-se os direitos políticos, que não lhes são devidos, estes direitos nas mãos da maioria servirão infalivelmente para invadir a propriedade [...]. Se entre os legisladores forem postos não-proprietários, mesmo bem-intencionados, a inquietude dos proprietários obstaculizará todas as suas providências. As leis mais sábias serão postas sob suspeita. (CONSTANT *apud* LOSURDO, 2004, p. 38).

Por sua vez, o liberal francês Alexis de Tocqueville (2005) ao invés de neutralizar politicamente as massas mediante restrições censitárias, como Constant, prefere um sistema eleitoral de vários graus, no qual o povo em geral elege diretamente determinados representantes e outros são eleitos de maneira indireta. Assim, consegue proteger os organismos representativos da influência das massas populares, sem utilizar das discriminações censitárias propostas por Constant.

Tocqueville (2005), narrando a experiência de sua visita aos Estados Unidos, descreve que a democracia desse país é um exemplo a ser seguido, pois apesar da amplitude do sufrágio, mantém a estabilidade política e social, sem necessidade de recorrer a discriminações, mas, sim, valendo-se, em larga medida, do sistema eleitoral de segundo grau, no qual a Câmara dos Representantes é eleita pelo povo (diretamente) e o Senado é eleito pelas Assembleias Legislativas de cada Estado. Com efeito, acrescenta que a casa eleita diretamente pelo povo é composta de representantes vulgares, enquanto que no Senado encontram-se figuras ilustres e credita esse fato à forma como são eleitos. Nesse sentido é a lição do citado autor:

Donde vem esse contraste esquisito? Por que a elite da nação se encontra nesta sala e não na outra? Por que a primeira assembleia reúne tantos elementos vulgares, ao passo que a segunda parece ter o monopólio dos

talentos e das luzes? Ambas, porém, emanam do povo, ambas são produto do sufrágio universal e nenhuma voz, até aqui, já se elevou na América para sustentar que o senado fosse inimigo dos interesses populares. Donde vem, pois, tão enorme diferença? A meu ver um só fato a explica: a eleição que produz a câmara dos representantes é direta; aquela de que emana o Senado é submetida a dois graus. A universalidade dos cidadãos nomeia a legislatura de cada Estado, e a Constituição Federal, transformando por sua vez cada uma dessas legislaturas estaduais em corpo eleitoral, aí busca os membros do senado. Os senadores exprimem, portanto, muito embora indiretamente, o resultado do voto universal, porque a legislatura, que nomeia os senadores, não é um corpo aristocrático ou privilegiado que tira seu direito eleitoral de si mesmo: ela depende essencialmente da universalidade dos cidadãos; ela é, em geral, eleita por eles todos os anos e eles sempre podem dirigir suas escolhas compondo-a com novos membros. Mas basta que a vontade popular passe através dessa assembleia escolhida para, de certa forma, nela se elaborar e dela sair revestida de formas mais nobres e mais belas. Os homens assim eleitos representam pois, sempre exatamente, a maioria da nação que governa; mas representam tão somente os pensamentos elevados que lá circulam, os instintos generosos que a animam, e não as pequenas paixões que muitas vezes agitam-na e os vícios que a desonram. É fácil perceber no futuro um momento em que as repúblicas americanas serão forçadas a multiplicar os dois graus em seu sistema eleitoral, sob pena de se perderem miseravelmente entre os escolhos da democracia. Não criarei dificuldade para confessar: vejo no duplo grau eleitoral o único meio de colocar o uso da liberdade política ao alcance de todas as classes do povo. (TOCQUEVILLE, 2005, p. 234-235).

O filósofo britânico John Stuart Mill (2018, p. 73) advogava que o sufrágio deveria ser o mais amplo possível, porém deixa assente sua preocupação com a ascensão política das massas:

Mas mesmo nessa democracia, o poder absoluto, se o preferisse exercer, ficaria com a maioria numérica; e essa se formaria exclusivamente de uma única classe, semelhante em inclinações, preconceitos, e maneiras gerais de pensar, e, para não dizer mais, que não seria a mais altamente culta. A Constituição, portanto, ainda estaria sujeita aos males característicos do governo de classe: com toda certeza em grau muito menor, do que a do governo exclusivo por uma classe que ora usurpa o nome de democracia, mas ainda sob nenhuma restrição eficaz exceto a que se encontrassem no bom senso, moderação e indulgência da própria classe. [...]. A democracia não será a forma de governo idealmente melhor se não se lhe reforçar este lado fraco, se não se organizar por maneira tal que classe alguma, mesmo a mais numerosa, seja capaz de reduzir tudo exceto ela mesma à insignificância, orientando o curso da legislação e da administração pelo seu interesse exclusivo de classe (MILL, 2018, p. 73)

Para solucionar tal perigo, John Stuart Mill (2018, p. 76) sugere o tradicional método de restrição censitária:

É igualmente importante que a assembleia que vota os impostos, ou gerais ou locais, seja exclusivamente eleita pelos que pagam alguma parcela dos impostos exigidos. Os que não pagam impostos, dispendo por meio do voto do dinheiro de terceiros, têm todo motivo de ser pródigos e nenhum a favor da economia. No que diz respeito a questões de dinheiro, qualquer faculdade de sufrágio que possuam constitui violação do princípio fundamental do governo livre – separação do poder de controle em relação ao interesse do seu exercício benéfico. Importa em permitir-lhes meter a mão no bolso do próximo para qualquer fim que julguem merecer o nome de público; o que se verificou ter produzido, em algumas cidades norte-americanas, uma escala de tributação local excepcionalmente onerosa e totalmente suportada pelas classes mais abastadas (MILL, 2018, p. 76).

Ainda, para Mill (2018, p. 75) o sufrágio universal deveria ser capacitário, o qual ele chama de “voto plural”, devendo o eleitor possuir um certo grau de instrução; com efeito, os analfabetos deveriam ser privados desse direito. E vai mais além, defende que deveria ser assegurado aos mais inteligentes, que exercem atividades mais intelectuais que braçais, a possibilidade de maior influência na vida pública.

Nesse sentido:

Existem, contudo, certas exclusões, exigidas por motivos positivos, que não entram em conflito com este princípio e que, embora sendo mal em si, só é possível afastá-las pela cessação das circunstâncias que as exigiram. Considero totalmente inadmissível que qualquer pessoa participe de eleições sem ser capaz de ler, escrever e, ainda juntarei, executar as operações comuns da aritmética. [...] O empregador é, em geral, mais inteligente que o trabalhador; visto como tem de trabalhar com a cabeça, enquanto o último trabalha com as mãos. O capataz é geralmente mais inteligente do que o trabalhador comum, e o trabalhador especializado mais do que o trabalhador comum. Banqueiro, homem de negócios ou fabricante é provavelmente mais inteligente do que o vendeiro, por ter interesses mais amplos e mais complicados a gerir. [...] Sujeitos a condições semelhantes, podia permitir-se a concessão de dois ou mais votos a cada pessoa que exercesse qualquer dessas funções superiores (MILL, 2018, p. 76).

Dessa forma, a mesma burguesia liberal que conduziu a Revolução de 1789, calcada na liberdade, igualdade e fraternidade, introduziu uma discriminação censitária ao sufrágio maior que a existente no período anterior. Esse cenário vai se alterar com a ascensão ao poder de Luiz Napoleão Bonaparte, que restabelece o sufrágio universal como medida populista, a fim de conquistar o apoio popular das massas ao seu golpe de estado.

Napoleão, líder carismático e populista, se valia de sua retórica comovente para conquistar as massas populares. Em seus discursos, afirmava estar governando para o povo, garantindo a verdadeira democracia. Afirmava: “a aristocracia não tem necessidade de um líder, enquanto a natureza da democracia é a de personificar-se num homem; num governo cuja base é democrática, só o líder tem o poder governativo e responde por este poder à nação” (LOUSURDO, 2004, p. 66).

Aqui convém abrir um parêntese para destacar que Napoleão, muito embora se valia de um discurso populista e democrático, implantou um regime ditatorial, como assevera Bercovici (2008, p. 158): “[...] embora a Constituição tenha sido aprovada em plebiscito, no dia 7 de fevereiro de 1799, o governo, na prática, era a ditadura militar de Napoleão”. Com efeito, daí surge a classificação, quanto à origem da Constituição, de bonapartista, também chamada de cesaristas, fazendo alusão aos métodos utilizados por Napoleão.

A Constituição bonapartista ou cesarista, segundo José Afonso Silva (2013, p. 43-44), “não é propriamente outorgada, mas tampouco é democrática, ainda que criada com a participação popular, através de plebiscitos, [...] [tendo em vista que] a participação popular não é democrática, pois visa apenas ratificar a vontade de detentor do poder”. Pode-se apontar como exemplo, além dos plebiscitos napoleônicos, os plebiscitos de Pinochet, no Chile.

Retomando, o pensador italiano Domenico Lousurdo (2004) mostra como a ideia de democracia popular foi enfraquecida em face do sufrágio restrito, em especial o censitário, e criou-se um sistema que ele chama de bonapartista.

Assim, a cerrar esse tópico, repisa-se que, mesmo a soberania como *summa potestas* popular sempre foi vista com receio, mesmo nos períodos revolucionários.

2.2 CONSTITUCIONALISMO *VERSUS* DEMOCRACIA

Sobre a relação de constitucionalismo e democracia, citam-se as palavras de Vera Karam de Chueiri e Miguel Galano de Godoy (2010, p. 166) redigidas no artigo

científico intitulado “Constitucionalismo e democracia – Soberania e poder constituinte”:

O constitucionalismo se origina nos Estados Unidos, com a ideia do *Rule of Law*, que implica na preservação de determinadas regras jurídicas fundamentais, limitadoras do poder estatal. Daí, o constitucionalismo adquire uma posição mais robusta, em que o governo, além de se encontrar limitado, assim está a partir de normas jurídico-constitucionais, requerendo em geral um texto escrito, ainda que tal requisito não seja absolutamente necessário. A Constituição expressa não apenas um ser, mas também um dever-ser e, para isso, é protegida por processos complexos de modificação. E, por ser a Constituição norma, seus princípios devem ser aplicados de maneira a comprometer todas as demais espécies normativas, especialmente através da interpretação que fazem os órgãos públicos legais e o próprio povo. Entretanto, nada disso seria suficiente sem a contrapartida democrática, pois a democracia também exerce o papel imprescindível de não acomodar o constitucionalismo em suas conquistas. Ao contrário, ela o tenciona a todo tempo, provocando-o e renovando-o através da aplicação e reaplicação da Constituição, sua interpretação e reinterpretção, seja pelo povo ou pelo Poder Judiciário

O constitucionalismo se presta a limitar o Estado, impondo força normativa à Constituição, que transcende do plano ontológico (ser) e passa a ser lida no plano deontológico (dever-ser).

Assim, como aponta Gilberto Bercovici (2004), a Constituição, como materialização do poder constituinte, fruto da vontade democrática, impõe limites aos poderes constituídos e ao próprio constitucionalismo.

Não obstante a apresentada subordinação do direito posto ao poder constituinte, numa perspectiva de subordinação à soberania popular, atualmente, o constitucionalismo acaba se sobressaindo à democracia, assumindo a pretensão de reduzir e concentrar nele toda a problemática da teoria constitucional, abandonando questões essenciais, como, por exemplo, a própria democracia ou o poder constituinte. A democracia acaba sendo reduzida a um mero princípio constitucional (BERCOVICI, 2008).

Com efeito, a democracia toma assento secundário frente ao constitucionalismo, deturpando a ordem da titularidade do poder do Estado constitucional. Dessa forma se manifesta o autor em tela:

O Estado Constitucional foi conquistado no combate contra a falta do Estado de Direito e da democracia e este combate continua, pois a democracia deve ser cumprida no cotidiano para a realização dos direitos fundamentais. A democracia e a soberania popular pressupõem a titularidade do poder do Estado, cuja legitimação e decisão surgem do povo. A legitimidade da Constituição está vinculada ao povo e o povo é uma realidade concreta. Desta forma, a democracia não pode também ser entendida apenas como técnica de representação e de legislação, como mera técnica jurídica. (BERCOVICI, 2008, p. 01).

Geraldo Bercovici (2008) bem observa que o pensamento constitucional precisa ser reorientado para a reflexão sobre conteúdos políticos, pois o “direito constitucional é direito político”.

Corroborando com a fala de que o direito constitucionalizado deve estar em harmonia com a política, sob pena de afrontar a própria democracia, o professor Jorge Miranda (2015, p. 232) lembra que o constitucionalismo democrático não tem relação com o título de “democrático” que se dá ao processo de constitucionalização do direito, mas, sim, ao conteúdo da norma constitucional. Assim leciona o autor:

Convém, pois, não confundir Constituição de origem democrática ou autocrática com Constituição de conteúdo democrático ou autocrático. Não é a fonte ou o poder constituinte criador da Constituição que dá garantia, por si só, de que a forma de governo instituída venha a ser de democracia, pluralista ou não, ou de autocracia (MIRANDA, 2015, p. 232).

Por sua vez, Antonio Negri (2015) afirma que o poder constituinte não pode ser visto apenas como a fonte onipotente criadora de normas constitucionais, mas, sim, o sujeito dessa produção. Uma força que transcende a mera atividade de elaborar o texto constitucional, inclusive não se sujeitando à constitucionalização. O poder constituinte é uma potência que permanece latente, mesmo após cumprir a sua função de elaborar a norma constitucional.

Frente à dimensão do poder constituinte, a sua titularidade se confunde com a titularidade da soberania, a saber: o povo. Com efeito, Bercovici (2013) assevera que, desde a Revolução Francesa, a soberania popular é verdadeiramente manifestada através do poder constituinte: “Afinal, com a teoria do poder constituinte do povo durante a Revolução Francesa, demonstrou-se que o povo estava sendo

chamado a decidir coletivamente sobre a sua forma política, regenerando e constituindo novamente o poder” (BERCOVICI, 2013).

Destarte, a Constituição deve materializar a expressão do poder constituinte, o qual é a manifestação legítima da soberania popular. Já Antonio Carlos Wolkmer (1989) aduz que a Constituição não deve se resumir ao paradigma dos processos políticos, mas, sim, ser o resultado das forças sociais que estruturaram a sua formação:

A Constituição não deve ser tão somente uma matriz geradora de processos políticos, mas uma resultante de correlações de forças e de lutas sociais em um dado momento histórico do desenvolvimento da sociedade. Enquanto pacto político que expressa a pluralidade, ela materializa uma forma de poder que se legitima pela convivência e coexistência de concepções divergentes, diversas e participativas. Assim, toda sociedade política tem sua própria Constituição, corporalizando suas tradições, costumes e práticas que ordenam a tramitação do poder (WOLKMER, 1989, p. 14).

Wolkmer (1989, p. 14) ainda assevera que “[...] não é possível reduzir-se toda e qualquer Constituição ao mero formalismo normativo ou ao reflexo hierárquico de um ordenamento jurídico estatal”. Quando a Constituição não cumpre o seu mister de materializar a resultante da vontade popular, ela se torna – ao olhos da democracia popular – um documento meramente formalista. Nas palavras Ferdinand Lassalle (2006, p. 20), uma “mera folha de papel”.

Assim sendo, a teoria de que o poder constituinte representa a manifestação da soberania, anda *pari passu* com a de Lassalle (2006), de que “[...] a Constituição é a soma dos fatores reais do poder que regem o país”.

Pisarello (2004) define o poder constituinte como sendo a força que cria e modifica os aspectos substanciais de uma sociedade, fundado na vontade dessa própria sociedade e no texto legislativo (a Constituição) que materializa todos os esses aspectos fundantes de uma sociedade e garante direitos e liberdades aos seus membros. Dessa maneira, explica o autor:

Como sucede con todas categorías teóricas, la de proceso constituyente viene precedida de una dilatada experiencia histórica. En ella madura y adquiere sus contornos principales. No se trata, desde luego, de una categoría unívoca, ya que puede aludir a realidades diversas. No es lo mismo,

por ejemplo, constituir una comunidad política que elabora un documento legislativo específico llamado Constitución. En el primer caso, se está ante un proceso orientado a fundar o a modificar aspectos sustanciales de las relaciones políticas, económicas, sociales y culturales, incluidas las jurídicas. En el segundo, se hace referencia a un proceso más concreto y circunscrito: aquel tiene como propósito aprobar una Constitución, esto es, un texto que aspira a regular la organización del poder y a garantizar determinados derechos y libertades a los miembros de la comunidad. [...] la teorización explícita de la distinción entre el poder constituyente, entendido como un poder originario, fundador, y en principio ilimitado, y los poderes constituidos, concebidos como poderes limitados y condicionados por el poder constituyente (PISARELLO, 2014, p. 21-25).

Nas palavras de Antonio Wolkmer e Lucas Machado Fagundes (2010, p.144), pode-se observar a aproximação das duas teorias:

A Constituição material expressa o Poder Constituinte (força singular, absoluta e ilimitada) “que dá racionalidade e forma ao Direito”. Certamente, o Poder Constituinte que tem no povo seu titular é o “sujeito de fundação da Constituição material”. A Constituição em si não só disciplina e limita o exercício do poder institucional, como também busca compor as bases de uma dada organização social e cultural, reconhecendo e garantindo os direitos conquistados de seus cidadãos, materializando o quadro real das forças sociais hegemônicas e das forças não dominantes.

Portanto, a relação política estabelecida pelo poder constituinte não pode ser alterada – ainda que com lastro na própria Constituição – pelos poderes instituídos, sob pena de se inverter por completo o sistema. O direito constitucionalizado estaria sobrepondo-se à soberania popular manifestada pelo poder constituinte. Não poderia essa força (o poder constituinte) criar um “ser” (a Constituição) e depois se sujeitar aos seus ditames. Seria a materialização do clássico bordão: “a criatura se supera ao criador”.

Nessa acepção, quando o constitucionalismo permite que um poder do Estado (Executivo, Legislativo ou Judiciário) sobrepuje-se a outro, estar-se-á frente a uma afronta ao poder constituinte.

O mestre Paulo Bonavides (2001, p. 08), ao tratar de democracia participativa em sua obra “Teoria Constitucional da Democracia Participativa”, tece ferrenhas críticas ao constitucionalismo na medida em que este desrespeita a democracia:

O velho e clássico Direito Constitucional do positivismo formalista e burguês professa uma neutralidade normativa já em fase de dissolução, descrédito e desintegração. Essa fase foi introduzida por obra de um executivo que desrespeita esse Direito a cada passo, e do qual ele se arredou por inteiro desde que caiu nos braços do neoliberalismo. A decadência do Direito Constitucional tem sido apregoada e acelerada pelos globalizadores políticos que tentam por todos os meios demoli-lo, apagando-lhe as noções, falseando-lhe os conceitos, desmoralizando-lhe os princípios, fragilizando-lhe as normas, quebrando-lhe ideias, enfim, subtraindo-lhe a juridicidade.

Como citado, nas palavras do saudoso constitucionalista cearense, muito da desmoralização do constitucionalismo moderno dá-se por obra do Poder Executivo, que o desrespeita flagrantemente com vistas a interesses escusos.

2.2.1 Constitucionalismo como direito político

Como já tratado alhures, o poder constituinte é fruto da soberania popular. Esse poder manifesta-se no mundo jurídico com a criação de uma Constituição. Logo, esta é fruto de um ato soberano do povo, geralmente resultado de conflitos políticos, sociais, culturais e econômicos. Contudo, a Constituição não pode ser vista puramente como um ato jurídico, mas, antes disso, como um ato político.

Essa concepção é importante e reflete a maneira de interpretar as normas constitucionais, não apenas pela lente jurídica, mas também política, pois, como afirma Bercovici (2008, p. 14) “[...] as questões constitucionais essenciais são políticas [e] não podem ser decididas nos tribunais”. À vista disso, a interpretação da norma constitucional deve dar-se através do prisma político, sob pena de se tornar instrumento de dominação política.

Bercovici (2008, p. 14) assenta que parte da doutrina defende uma perspectiva exclusivamente jurídico-normativa da Constituição, concebendo-a apenas como a norma superior do ordenamento jurídico. Para ele, essa visão renega a realidade social e política de um povo. Assim, expressa-se o autor:

O direito constitucional não é meramente técnico, mas político, pois deve tratar da difícil relação da Constituição com a política. A Constituição não pode ser compreendida de forma isolada da realidade, pois é direito político, isto é a Constituição está situada no processo político. A normatização unilateral da Constituição gerou sua dessubstancialização, ignorando este seu caráter político, o entendimento da Constituição exclusivamente como norma jurídica provocou a ampliação das questões versando sobre

interpretação e aplicação do direito constitucional, hoje no centro do debate constitucional. A jurisdição constitucional, assim, assumiu a pretensão de reduzir e concentrar nela toda a problemática da teoria da Constituição, abandonando questões centrais, como a da democracia. Adoto, aqui, a concepção de Karl Lowenstein, que entende que a teoria da Constituição deve se preocupar com a explicação realista do papel que a Constituição joga ou deveria jogar na dinâmica política, contrapondo-se ao positivismo tradicional do direito público (BERCOVICI, 2008, p. 15).

Em sendo a Constituição fruto do poder constituinte – que é corolário da soberania popular – não pode ser lida de maneira meramente jurídica e isolada da realidade, sob pena de desvirtuar todo substrato de sua origem. A visão estanque do constitucionalismo sob a perspectiva jurídica esvazia a democracia, pois, como assevera Bercovici (2008, p. 17), “[...] a neutralidade das constituições é ilusória e o constitucionalismo não deve ter nenhuma primazia ideológica que não o obrigue a ser continuamente colocado à prova da esfera democrática”.

Nesse sentido, conclui o autor:

A Constituição não só deve ter origem democrática, como deve organizar um Estado que assegure a soberania popular. A legitimidade da Constituição é interna, não apenas externa, pois na democracia constitucional é impossível separar validade de legitimidade, ou seja, a criação e o conteúdo da ordem. O princípio democrático serve como legitimador da Constituição no sentido da congruência entre a soberania popular e o Estado democrático estabelecido na Constituição, como serve de princípio de validade do constituinte, ou seja, como modo de expressão da vontade soberana (BERCOVICI, 2008, p. 18).

Aprofundando um pouco mais a temática, tem-se a construção de Bercovici (2008) de que o constitucionalismo é o instrumento para terminar a revolução. Assevera o autor que o período revolucionário tem que ter um fim e a Constituição cumpre esse desiderato. Após a tomada do poder, faz-se necessário estabilizar o Estado e dar cabo à revolução, assim, a Constituição passa a ser desejada por quem quer que estabilize o que foi conquistado com a revolução. Assim se manifesta o autor: “Na passagem do estado revolucionário para o estado ordinário, se fez necessário a função ordenadora e estabilizadora da Constituição. O ato constitucional vai, assim, bloquear a revolução” (BERCOVICI, 2008, p. 158).

Diante disso, o constitucionalismo se presta a limitar a democracia através de regras juridicamente positivadas. Daí o porquê da necessidade de se olhar e

interpretar a Constituição como um ato político, fruto da democracia (poder constituinte) e não somente como um ato jurídico posto no ápice da pirâmide normativa de um Estado. Isso faz-se imperioso, sob pena do constitucionalismo servir como ato jurídico “que termina a revolução”, ou seja, que sufoca a suprema democracia popular.

Essa leitura da Constituição como direito político antes de jurídico vai ao encontro do que será tratado nos próximos tópicos sobre a manifestação do hiperpresidencialismo através do uso desmedido do instituto – constitucional – das medidas provisórias.

2.2.2 Da democracia à poliarquia

Aristóteles, em sua milenar obra intitulada “Política”, ao tratar das diversas formas de governo, afirma peremptoriamente que o governo é o exercício do poder supremo do Estado, contudo, destaca que esse poder pode estar nas mãos de apenas uma pessoa, de uma minoria ou da maioria. Essa titularidade e exercício do poder é o que irá definir a forma de governo. Estar-se-á frente a uma monarquia quando o poder é concentrado em uma única pessoa. Na oligarquia, por sua vez, o poder é atribuído a uma minoria, em regra, os mais ricos. Já na democracia, o poder é distribuído e garantido à maioria, via de regra, os mais pobres (ARISTÓTELES, 2007, p. 62).

Convém ressaltar que o referido filósofo aponta que a justeza do governo não está ligada à sua forma, mas, sim, à sua finalidade:

Quando o monarca, a minoria ou a maioria não buscam, uns ou outros, senão a felicidade geral, o governo é necessariamente justo. Mas, se ele visa ao interesse particular do príncipe ou dos outros chefes, há um desvio. O interesse deve ser comum a todos ou, se não o for, não são mais cidadãos (ARISTÓTELES, 2007, p. 63).

O lendário filósofo grego propõe as características de uma democracia, partindo do pressuposto da igualdade do povo para deliberar sobre as questões de seu interesse. “Quando todos são admitidos na deliberação sobre qualquer matéria, há democracia; o povo ostenta a igualdade em tudo [...] delibera-se melhor quando

todos deliberam em comum, o povo com os nobres e os nobres com a multidão” (ARISTÓTELES, 2007, p. 76-77).

Salienta-se que a concepção de democracia proposta por Aristóteles parte da premissa de que o povo é o protagonista na tomada de decisões do Estado, contudo, não necessariamente toda população deveria ser convocada para todas as deliberações políticas. Assim se manifesta: “Estas deliberações são necessariamente da alçada de todos os cidadãos, ou então são todas confiadas a alguns funcionários, quer a um só, quer a vários, quer ainda umas a alguns, ou algumas a todos, ou algumas a alguns” (ARISTÓTELES, 2007, p. 76).

O filósofo grego descreve quatro formas de deliberação popular, de acordo com o tema e com o nível de participação do povo. A primeira maneira ocorre quando:

[...] ao invés de virem todos juntos, comparecem por seção e sucessivamente, como no sistema de Teceloas de Dileto. Além disso, quem delibera é a Assembleia dos magistrados, mas todos chegam por seu turno a magistraturas, venham da tribo que vierem e tenham a condição que tiverem, sem excetuar os últimos, até que todos as tenham ocupado. A Assembleia geral do povo só ocorre quando da feitura das leis, para retocar a Constituição ou para ouvir as proclamações dos magistrados (ARISTÓTELES, 2007, p. 76).

Preconiza o autor que para determinados temas o povo deve se reunir em assembleia geral, para outros as decisões ficam a cargo dos representantes escolhidos, definindo a segunda, a terceira e a quarta formas de deliberação popular:

[...] A segunda maneira consiste em deliberar todos em conjunto e em Assembleia geral, mas só reunir esta para as escolhas ou eleições de magistrados, para a legislação, para a paz ou para a guerra, para a auditoria das contas ou para a censura dos contadores. Tudo o mais permanece em poder e sob a decisão, cada um segundo a sua competência, dos magistrados escolhidos dentre o povo, ou por meio de sorteio ou por eleição. A terceira maneira é que a Assembleia geral dos cidadãos só aconteça para a nomeação e para a censura dos magistrados, para a guerra e para as alianças, sendo o resto administrado pelos magistrados eletivos e nomeados pelo povo, como todos cujo cargo exige saber. A quarta é reunirem-se todos para deliberação, sem que os magistrados possam decidir coisa alguma, mas apenas opinar em primeiro lugar, maneira usual na última espécie de democracia, que corresponde, como dissemos, à oligarquia despótica e à monarquia tirânica (ARISTÓTELES, 2007, p. 76).

Aristóteles (2007, p. 76) arremata sua construção teórica afirmando que as quatro maneiras apontadas são, de qualquer forma, democráticas.

Ainda, o filósofo grego estabelece uma relação íntima entre democracia e a qualificação como “cidadão”, asseverando que o grau de cidadania está em uma razão diretamente proporcional ao nível de participação popular em um Estado.

Segundo o autor:

Alguém que é cidadão numa democracia não o é numa oligarquia. [...], o cidadão não pode ser o mesmo em todas as formas de governo. É sobretudo na democracia que é preciso procurar aquele de que falamos; não que ele não possa ser encontrado também nos outros Estados, mas neles não se acha necessariamente. [...] A definição do cidadão, portanto, é suscetível de maior ou menor extensão, conforme o gênero do governo. [...] É cidadão aquele que, no país em que reside, é admitido na jurisdição e na deliberação. É a universalidade deste tipo de gente, com riqueza suficiente para viver de modo independente, que constitui a Cidade ou o Estado (ARISTÓTELES, 2007, p. 29).

Como apresentado, vê-se em Aristóteles (2007) a preponderância da democracia direta, porém consentindo com a democracia indireta para determinadas deliberações.

Convém aqui abrir um parêntese para definir democracia direta e indireta nas sábias palavras do constitucionalista José Afonso Silva (2013, p. 138):

Democracia direta é aquela em que o povo exerce, por si, os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando; consiste reminiscência histórica. Democracia indireta, chamada de democracia representativa, é aquela na qual o povo, fonte primária do poder, não podendo dirigir os negócios do Estado diretamente, em face da extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, outorga as funções de governo aos seus representantes, que elege periodicamente.

Por conseguinte, a concepção de democracia direta, como desenvolvida nas Cidades-Estados da Grécia – em especial Atenas – onde o povo reunido na praça pública tomava as decisões do Estado, se torna inexecutável nos Estados modernos. Exurgindo, então, as democracias indiretas, caracterizadas pelo sistema representativo, como leciona Bonavides (2017, p. 293):

Da concepção de democracia direta da Grécia, na qual a liberdade política expirava para o homem grego desde o momento em que ele, cidadão livre da sociedade, criava a lei, com a intervenção de sua vontade, e à maneira quase de um escravo se sujeitava à regra jurídica assim estabelecida, passamos à concepção de democracia indireta, a dos tempos modernos, caracterizada pela presença do sistema representativo.

A democracia é a expressão do poder do povo por excelência. Na definição lincolniana é o “governo do povo, para o povo, pelo povo”³. Seu efeito principal é de que as ações do governo retratem as vontades e as decisões tomadas pelo povo. As leis elaboradas pelos governantes são a positivação da vontade do povo.

Contudo, nos estados modernos, de larga base territorial e populacional, é infactível que todas as decisões políticas sejam tomadas aos moldes de como se dava na Ágora⁴ da Grécia antiga, tomando a vontade de todos os cidadãos para editar leis e para administrar o Estado. No entendimento de Bonavides (2017, p. 294), “evidentemente, só há uma saída possível, solução única para o poder consentido, dentro do Estado moderno: um governo democrático de bases representativas”.

Assim, o regime democrático se apresenta como o governo do povo exercido pelo povo, sendo, em uma concepção realística, de modo indireto, através de representantes escolhidos.

Há de se destacar que a característica imanente da democracia é a soberania popular guiando o governo (como o próprio nome sugere), qualquer regime que refuta tal característica não é digno de ser chamado de democracia.

Atílio Boron (2007) discorre sobre democracia em seu texto intitulado “*Aristóteles em Macondo: notas sobre el fetichismo democrático en América Latina*”, no qual cria a fábula de trazer o filósofo grego Aristóteles para os dias de hoje e o questiona sobre como ele avaliaria as democracias da América Latina. O autor afirma que Aristóteles responderia que tais regimes podem ser qualquer coisa, menos democracia.

Boron (2007, p. 50) narra a seguinte resposta hipotética de Aristóteles:

No olviden que, tal como lo escribí en mi Política, la democracia –nos diría ya con un ligero tono de reproche– es el gobierno de los más, de las grandes mayorías, en beneficio de los pobres, que en todas las sociedades conocidas, no por casualidad sino por razones estructurales, siempre son mayoría. Así

³ Expressão proferida pelo Presidente norte-americano Abraham Lincoln no Discurso de Gettysburg, em 19 de novembro de 1863.

⁴ Ágora era a praça pública onde ocorriam as reuniões dos cidadãos das cidades-estados da Grécia antiga.

era en mi tiempo, y aunque abrigaba la esperanza de que tal cosa pudier ser superada con el paso de los siglos, veo con mucha desilusión que lo que parecía ser una desgracia del mundo griego reaparece, con rasgos aún más acusados y escandalosos, en la sociedad actual, llegando a extremos jamás vistos en mi época.

Seguindo na alegoria, Boron (2007, p. 50) ilustra que um dos presentes iria ficar intrigado com a resposta de Aristóteles e iria confrontá-lo questionando se as eleições periódicas e o sufrágio universal não são símbolos inequívocos de que se está em uma democracia. Aristóteles, então, responderia que há uma distinção entre essência e aparência de democracia. A essência da democracia é o governo da maioria em prol dos pobres, os quais em todas as sociedades são sempre a maioria. A aparência de democracia se mostra quando há eleições diretas, sufrágio universal, estado de direito, entre outros, porém não correspondem à essência democrática.

O autor desenvolve sua fala sob uma perspectiva sociológica-marxista, afirmando que a sociedade capitalista corrompeu a essência da democracia, do governo do povo, quando transformou tudo em mercadoria, terras, bens da natureza, trabalho etc., inclusive a própria democracia (BORON, 2007).

Muito embora a análise da sociedade capitalista não seja o foco desse estudo, a dicção de Boron é providencial quando ele afirma que só há democracia verdadeiramente (essência da democracia) quando representa a vontade popular. Os instrumentos constitucionais que materializam a soberania popular, a saber, eleições diretas e periódicas e sufrágio universal, por si só, não dão azo à verdadeira democracia.

Já Robert Dahl (2005, p. 25) em uma perspectiva mais política e menos socioeconômica que a de Boron, assevera que “[...] a característica-chave da democracia é a contínua responsabilidade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais”.

O cientista político norte-americano utiliza em sua obra “Poliarquia” o termo democracia como sinônimo de um sistema político que tenha, como uma de suas características, a qualidade de ser inteiramente, ou quase inteiramente, responsivo a todos os cidadãos (DAHL, 2005).

Dahl (2005, p. 26) traz, ainda, três condições que um governo deve cumprir para ser tido como responsivo às preferências de seus cidadãos, ou seja, ser democrático:

Parto do pressuposto também de que, para um governo continuar sendo responsivo durante certo tempo às preferências de seus cidadãos, considerados politicamente iguais, todos os cidadãos plenos devem ter oportunidades plenas: 1. De formular suas preferências. 2. De expressar suas preferências a seus concidadãos e ao governo através da ação individual e da coletiva. 3. De ter suas preferências igualmente consideradas na conduta do governo, ou seja, consideradas sem discriminação decorrente do conteúdo ou da fonte da preferência.

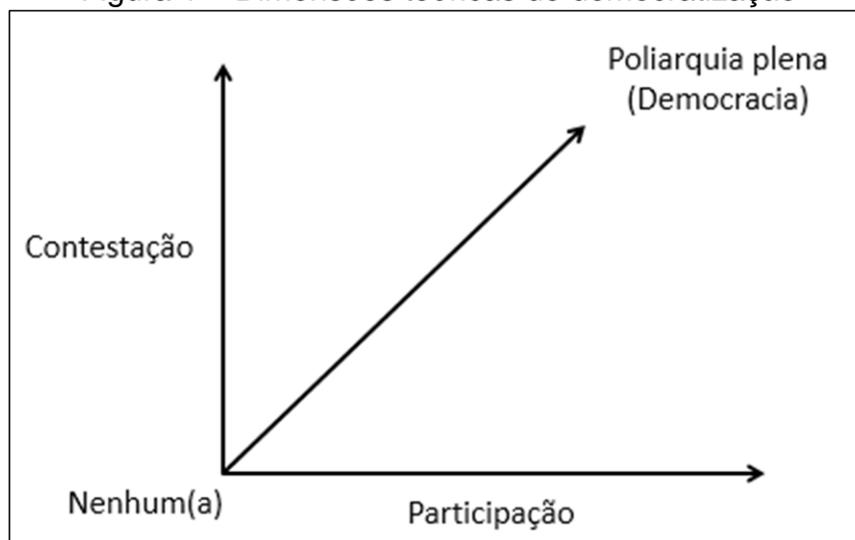
Para Dahl (2005), a democratização plena é formada por duas dimensões, a saber, contestação pública e direito de participação. A primeira é a capacidade e a liberdade do povo de contestar as ações e decisões de quem está titularizando o poder e de tomar o seu lugar através de processo eleitoral regular e justo. A segunda, trata do *quantum* da parcela da população que pode se envolver nas decisões políticas do Estado, que basicamente seria a possibilidade de participar em eleições e de ocupar cargos públicos.

Importante salientar que Robert Dahl (2005) entende que nenhum sistema político no mundo hodierno é plenamente democrático, não acredita que exista de fato alguma democracia. O que mais se aproxima desta ele prefere chamar de poliarquia:

As poliarquias podem ser pensadas então como regimes relativamente (mas incompletamente) democratizados, ou, em outros termos, as poliarquias são regimes que foram substancialmente popularizados e liberalizados, isto é, fortemente inclusivos e amplamente abertos à contestação pública (DAHL, 2005, p. 31).

O autor sugere o seguinte gráfico para ilustrar o que seria um regime democrático (poliarquia plena):

Figura 1 – Dimensões teóricas de democratização

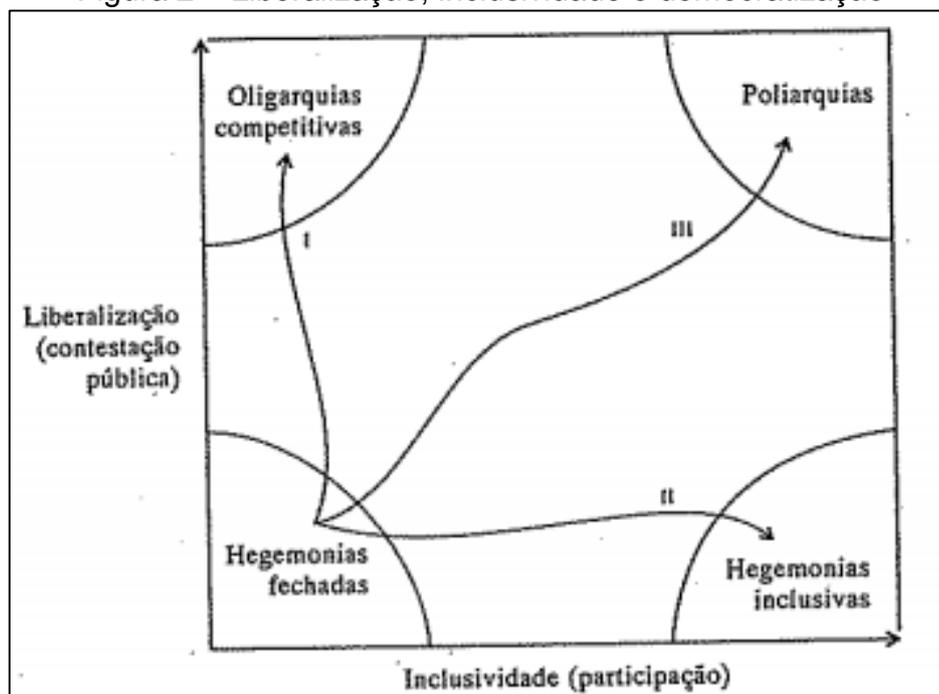


Fonte: Dahl (2005, p. 29).

Com fundamento nessas duas dimensões basilares da democracia, Dahl (2005) classifica os regimes políticos de acordo com a posição no gráfico apresentado. Se o regime está próximo ao canto inferior esquerdo tem-se uma hegemonia fechada, é o estágio mais distante da democracia (poliarquia), no qual não há (ou há diminuta) contestação ao poder, tampouco participação nas decisões políticas. Os regimes totalitários e as ditaduras se enquadram nessa espécie. À medida que o regime se afasta do vértice inferior, mas não caminha para a direita, tem-se uma oligarquia participativa, onde o poder é questionado e disputado, porém por um pequeno grupo da elite política e econômica. A participação popular é ínfima. Quando o regime se afasta para a direita, porém sem sair da base, está-se frente a uma hegemonia inclusiva, onde há certa popularização, ou inclusão, porém o poder não é questionado, tampouco alternado. A poliarquia estará presente quando o regime político marchar afastando-se do vértice inferior e à direita, conjuntura em que estará assente a participação popular e a contestação do poder, com a sua alternância.

O gráfico seguinte bem ilustra o apresentado:

Figura 2 – Liberalização, inclusividade e democratização



Fonte: Dahl (2005, p. 30).

Na medida em que há maior contestação pública, há maior liberalização e, no mesmo sentido, quanto maior participação, maior a inclusividade. O somatório dessas duas dimensões culmina na democratização (DAHL, 2005).

Já na perspectiva de Adam Przeworski *et al.* (1997, p. 114), pugnando pela supremacia da democracia frente a qualquer outro regime, afirmam que “um país deve ter um regime democrático esse ano para ter uma democracia no próximo ano”. A frase dos autores tem por escopo refutar a ideia de alguns intelectuais e políticos de que a rota da democracia é circular, no sentido de que os países pobres precisam de uma ditadura para gerar desenvolvimento e, após se desenvolverem, os regimes ditatoriais cedem espaço para democracia. Os autores fundamentam a incoerência dessa proposição por dois motivos: primeiro, porque ao realizarem a análise da taxa de crescimento, a das ditaduras não é maior que a das democracias, seja em países ricos ou pobres. Segundo, porque as ditaduras não produzem democracia. Não há a transição para democracia na medida em que eleva-se o nível de desenvolvimento (PRZEWORSKI *et al.*, 1997, p. 114-115).

Considerando-se que ditaduras pobres não estão mais propensas a desenvolver-se do que democracias pobres e que ditaduras desenvolvidas não são mais propensas a se tornar democracias do que suas congêneres pobres, as ditaduras não oferecem nenhuma vantagem no que diz respeito ao duplo objetivo da desenvolvimento e democracia (PRZEWORSKI *et al.*, 1997, p. 116).

Concluem que democracia se faz com democracia: “[...] Com vistas a reforçar a democracia, deveríamos reforçar a democracia, não apoiar ditaduras” (PRZEWORSKI *et al.*, 1997, p. 116).

Arend Lijphart (2003) apresenta dois modelos distintos de democracia: majoritária e consensual⁵. O primeiro se caracteriza pelo aspecto meramente quantitativo, a saber, a maioria. Por outro lado, o segundo “considera a exigência de uma maioria com um requisito mínimo: em vez de satisfazer com mínimas majorias, ele busca ampliar o tamanho das mesmas” (LIJPHART, 2003, p. 18).

O modelo majoritário de democracia reúne o poder nas mãos de uma pequena minoria, a qual toma as decisões em nome da maioria, sem a participação desta. Por sua vez, o modelo consensual de democracia busca retirar o poder das mãos de poucos e compartilhá-lo com a maioria, busca a maior participação popular das decisões através do consenso e de negociações. Por essa razão é também denominado de democracia de negociação (LIJPHART, 2003, p. 18).

Lijphart (2003) elenca dez diferenças entre o modelo majoritário e o modelo consensual e as divide em dois grupos: as relacionadas à dimensão executivo-partidos e as relacionadas à dimensão federal-unitária. As do primeiro grupo tratam das características ligadas ao Poder Executivo, aos sistemas partidários e eleitorais e aos grupos de interesses. As do segundo grupo dão conta do contraste entre federalismo e governo unitário.

⁵ “A distinção entre dois tipos básicos de democracia, a majoritária e a consensual, de modo algum é uma invenção recente na ciência política. De fato, tomei esses dois termos de empréstimo a Robert G. Dixon Jr. (1968: 10). Hans Hattenhauer e Werner Kaltefleiter (1968) também fazem o contraste entre o ‘princípio majoritário’ e o consenso, e Jürg Steiner (1971) justapõe ‘os princípios da maioria e da proporcionalidade’. G. Bingham Powell (1982) distingue entre formas majoritárias e amplamente ‘representativas’ de democracia e, em trabalho posterior, entre duas ‘visões da democracia liberal’: a visão do Controle da Maioria e a da Influência Proporcional (Huber e Powell 1994). Contrastes semelhantes foram traçados por Robert A Dahl (1956) - democracia ‘populista’ *versus* ‘madisoniana’; William H. Riker (1982) – ‘populismo’ *versus* ‘liberalismo’; Jane Mansbridge (1980) - democracia ‘combativa’ *versus* ‘unitária’; e S. E. finer (1975) - política ‘combativa’ *versus* política centrista e de coalizão” (LIJPHART, 2003, p. 21).

No tocante às diferenças na dimensão executivo-partidos, têm-se as seguintes:

1. Concentração do Poder Executivo em gabinetes monopartidários de maioria *versus* distribuição do Poder Executivo em amplas coalizões multipartidárias.
2. Relações entre Executivo e Legislativo em que o Executivo é dominante *versus* relações equilibradas entre ambos os poderes.
3. Sistemas bipartidários *versus* sistemas multipartidários.
4. Sistemas eleitorais majoritários e desproporcionais *versus* representação proporcional.
5. Sistemas de grupos de interesse pluralistas, com livre concorrência entre grupos *versus* sistemas coordenados e "corporativistas" visando ao compromisso e à concertação (LIJPHART, 2003, p. 19).

Já as distinções no que tange à dimensão federal-unitária são:

1. Governo unitário e centralizado *versus* governo federal e descentralizado.
2. Concentração do Poder Legislativo numa legislatura unicameral *versus* divisão do Poder Legislativo entre duas casas igualmente fortes, porém diferentemente constituídas.
3. Constituições flexíveis, que podem receber emendas por simples maioria *versus* constituições rígidas, que só podem ser modificadas por maiorias extraordinárias.
4. Sistemas em que as legislaturas têm a palavra final sobre a constitucionalidade da legislação *versus* sistemas nos quais as leis estão sujeitas à revisão judicial de sua constitucionalidade, por uma corte suprema ou constitucional.
5. Bancos centrais dependentes do Executivo *versus* bancos centrais independentes (LIJPHART, 2003, p. 19).

Essa definição de democracia majoritária e consensual, em especial no que tange aos poderes e atribuições do Poder Executivo, vem ao encontro do cerne dessa pesquisa que é o fenômeno do hiperpresidencialismo no constitucionalismo brasileiro através do uso inadequado do instituto das medidas provisórias.

2.3 REPARTIÇÃO DOS PODERES DO ESTADO

O constitucionalismo moderno nasce sob a égide da separação de poderes, tanto que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) assevera que é *conditio sine qua non* para que haja uma Constituição, *in verbis*: “Art. 16.^o A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

O professor Sérgio Resende de Barros (2000) leciona sobre o dispositivo supracitado afirmando que as primeiras Constituições (do período liberal) eram

consideradas documentos estritamente políticos, tendo por objetivo regular a relação dentro do governo e entre governo e governados. Para aquela, deveria prever a separação de poderes, e para esta a declaração de direitos. A disciplina dessas duas relações – interna, com a separação dos poderes e externa com a declaração de direitos do cidadão – seria necessário e suficiente para limitar o poder do soberano e assegurar a liberdade do indivíduo.

Assim sendo, o constitucionalismo moderno surge com um forte ímpeto democrático ao estabelecer imperativamente que as funções do Estado estejam distribuídas em órgãos políticos distintos representativos do povo. Assim, a democracia se manifesta no constitucionalismo – dentre outras formas – garantindo ao povo o poder de eleger seus representantes para funções de governo bem divididas e definidas, harmônicas e independentes entre si e com equidade de poderes.

É necessário ter bem claro que a distribuição das funções do Estado a órgão distintos e independentes, para além de um mecanismo de gestão administrativa, tem o desiderato de impedir o autoritarismo através da concentração de poderes e, por conseguinte, garantir a democracia política (MORAIS; STRECK, 2014, p. 145).

Convém repisar que democracia é a expressão da titularidade do poder constituinte pelo povo, como muito bem leciona Jorge Miranda (2015, p. 124):

Só deve-se falar em princípio democrático (distinto, por exemplo, do princípio monárquico) quando o povo é titular do poder constituinte como poder de fazer, decretar, alterar a Constituição positiva do Estado. E só deve falar-se em governo democrático, soberania do povo, soberania nacional popular, quando o povo tem meios atuais e efetivos de determinar ou influir nas diretrizes políticas dos órgãos das várias funções estatais (legislativa, administrativa, etc.); ou seja, quando o povo é o titular (ou o titular último) dos poderes constituídos.

O professor Paulo Bonavides (2017, p. 295), discorrendo sobre democracia, apresenta as características de uma verdadeira democracia representativa, com forte apelo à separação dos poderes do Estado:

A moderna democracia ocidental, de feição tão distinta da antiga democracia, tem por bases principais a soberania popular, como fonte de todo poder

legítimo, que se traduz através da vontade geral (a *vontaté générale* do Contrato Social de Rousseau); o sufrágio universal, com pluralidade de candidatos e partidos; **o observância constitucional do princípio da distinção de poderes, com separação nítida no regime presidencialista e aproximação ou colaboração mais estreita no regime parlamentar**; a igualdade de todos perante a lei; a manifestação de adesão ao princípio da fraternidade social; a representação com base nas instituições políticas; a limitação de prerrogativas de governantes; o Estado de direito, com prática e proteção das liberdades públicas por parte do Estado e da ordem jurídica, abrangendo todas as manifestações de pensamento livre: liberdade de opinião, de reunião, de associação e de fé religiosa; a temporalidade dos mandatos eletivos; e, por fim, a existência plenamente garantida das minorias políticas, com direitos e possibilidades de representação, bem como das minorias nacionais, onde estas porventura existirem (grifo nosso).

Assim, a separação de poderes está umbilicalmente ligada à ideia de democracia. Esta não existe quando a separação de poderes é deturpada e as funções do Estado são exercidas ao arpejo da vontade popular expressa na Constituição. Ou seja, quando as regras de separação assentadas na Constituição são desrespeitadas pelo poder constituído, a própria democracia constitucional é violada e está implantado o despotismo. Nesse sentido, afiançam os lapidadores da Constituição Americana, Alexander Hamilton, James Madison e John Jay (2003, p. 298), na icônica obra “O Federalista”:

Não há verdade política de maior valor intrínseco, ou escorada por melhores autoridades, do que aquela em que essa objeção se funda; a acumulação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mãos de um só indivíduo, ou de uma só corporação, seja por efeito de conquista ou de eleição, constitui necessariamente a tirania.

Paulo Bonavides (2001, p. 27), em sua obra “Teoria Constitucional da Democracia Participativa”, assevera que a separação de poderes deve ser vista sob a lente da democracia participativa:

Do ponto de vista teórico faz-se mister, portanto, acrescentar e admitir que a democracia participativa, sobre transcender a noção obscura, abstrata e irreal de povo nos sistemas representativos, transcende, por igual, os horizontes jurídicos da clássica separação de poderes. E o faz sem, contudo, dissolvê-la. Em rigor, a vincula, numa fórmula mais clara, positiva e consistente, ao povo real, o povo que tem a investidura as soberania sem disfarce.

Com efeito, a clássica separação de poderes deve ser lida *pari passu* com o princípio democrático, onde o povo estabelece as regras para os poderes

constituídos através do exercício do poder constituinte, sendo este formalizado através da Constituição. O que discrepar disso é inconstitucional. Não somente por ferir a norma constitucional posta, mas também por afrontar a própria democracia.

Paulo Bonavides (2001, p. 27) proclama que:

[...] tudo se submete ou se desfaz em infração e quebramento da Lei Magna, em ofensa à ordem superior de seus valores básicos, em postergação da hierarquia normativa, em ilegitimidade insanável, em corrosão ao sistema consensual de poder [...]. O quebramento do espírito da Constituição configura a maior das inconstitucionalidade.

Desta sorte, práticas do poder constituído desarmônicas com a separação dos poderes trazida pelo constitucionalismo democrático infirmam a própria democracia popular.

A teoria da separação dos poderes, famosamente descrita por Montesquieu (2010), acompanha ombreada com o estudo do constitucionalismo democrático, eis que serve de sucedâneo ao desenho da organização dos poderes instituídos, quais sejam: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Contudo, a preocupação com a separação dos poderes remonta a estudiosos mais antigos. O filósofo grego Aristóteles (2007), na sua obra “Política”, preconizava que em todo governo existem três poderes essenciais: o que delibera sobre os negócios do Estado, o que o Estado precisa para agir e os cargos de jurisdição. Destaca-se que o filósofo grego não trabalhou a tese desses poderes serem exercidos de forma limitada por pessoas/órgãos distintos.

Em suas palavras:

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição (ARISTÓTELES, 2007, p. 76).

No início do século XVI, Nicolau Maquiavel (2007), em “O Príncipe”, enaltece o reino da França, dizendo ser bem organizado e governado por conta das

instituições que possui: “a primeira delas é o Parlamento e a sua autoridade. Quem organizou esse reino conhecia a ambição e a insolência dos poderosos e julgou necessário pôr lhes um freio que os controlasse” (MAQUIAVEL, 2007, p. 94).

Paulo Bonavides (2017) assevera que John Locke, muito embora menos celebrizado que Montesquieu, faz, no final do século XVII, um importante estudo sobre a separação dos poderes. Locke, como pensador político do contra-absolutismo, com inspirações individualistas dos direitos naturais oponíveis ao Estado, teorizou a separação dos poderes com vistas a limitar o poder do monarca. Afirmava que para que haja um Estado de direito, aos representantes do povo caberia a promulgação das leis e aos governantes a execução.

O pensador inglês falava na existência dos três poderes – executivo (no qual estava inserido o poder judiciários), legislativo e federativo – e também a um quarto poder: a prerrogativa, ligada ao Poder Executivo. No que tange ao poder federativo, trata-se do poder relacionado com as relações dos cidadãos de uma comunidade com os que não fazem parte desta comunidade, são as relações externas àquela comunidade, à política externa em geral (LOCKE, 2019).

John Locke (2019) já se preocupava com a imperiosa necessidade de que os poderes de legislar e executar as lei não se concentrassem nas mãos de uma única pessoa:

[...] 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 as leis, pois elas poderiam se isentar de obediência às leis que fizeram, e adaptar a lei a sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de execução e ela teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade [...] (LOCKE, 2019, p. 195).

Ainda, Locke (2019) preconizava que o poder executivo deveria ser perene, a fim de executar as leis e tratar do bem comum da comunidade civil. Já o poder legislativo, composto de várias pessoas, deveria funcionar apenas para elaboração das lei e, tão logo cumprissem a tarefa, deveria ser apartado, ficando também sujeitas às leis as pessoas que as elaboraram, tendo em vista que “[...] isso garante que elas façam leis visando o bem público” (LOCKE, 2019, p. 196).

Digno de destaque é o que Locke chama do poder de prerrogativa, sendo de competência do executivo, que tem a atribuição de promover o bem a todos quando da omissão legislativa. Assim descreve o autor:

Esse poder de agir discricionariamente em vista do bem público na ausência de um dispositivo legal, e às vezes mesmo contra ele, é o que se chama de prerrogativa. Em alguns governos, o poder encarregado de legislar não existe permanentemente, e em geral **é exercido por muitos e é muito lento em vista da celeridade exigida na execução; além disso, como também é impossível prever e, portanto, tem um provimento de leis para atender a todos os acidentes e todas as urgências que podem dizer respeito aos negócios públicos**⁶, ou fazer leis que jamais se arrisquem a ser nefastas se aplicadas com um rigor inflexível, em todas as circunstâncias, a todas as pessoas que entram em seu campo de aplicação, o poder executivo guarda por isso uma certa liberdade para realizar muitos atos discricionários que não estão previstos em lei (LOCKE, 2019, p. 210, grifo nosso).

Em 1748, o iluminista francês Charles-Louis de Secondat, melhor conhecido como Barão de Montesquieu, escreve sua célebre obra “Do Espírito das Leis”, onde assevera que as competências do Estado (poderes) de legislar, de administrar e de julgar não podem estar concentradas em uma única pessoa, sob pena de se instalar o despotismo (MONTESQUIEU, 2010).

Ainda, o mesmo autor afirma que a correta repartição dos poderes do Estado de legislar, administrar e julgar garante a liberdade do cidadão. Nesse sentido:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse ligado ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador, se estivesse ligado ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos (MONTESQUIEU, 2010, p. 169).

⁶ Com a devida proporção e as devidas adequações, os fundamentos do poder de prerrogativa tratado por Locke são os mesmos das hodiernas Medidas Provisórias previstas na Constituição brasileira de 1988, a saber: necessidade e urgência.

Assim, Montesquieu (2010) identificou as funções elementares do Estado e propôs que fossem executadas por órgãos distintos, sem que houvesse prevalência de um sobre o outro.

Sabidamente analisando o excerto de Montesquieu, Hamilton, Madison e Jay (2003, p. 299), inferem que “[...] quando dois poderes, em toda a sua plenitude, se acham concentrados numa só mão, todos os princípios de um governo livre ficam subvertidos”.

Nesse ponto é sensato fazer um aparte para lembrar que, contemporaneamente (e já desde a Constituição americana), não há separação de Poderes estanque e absoluta entre as funções de legislar, administrar e julgar. É legítimo que um Poder exerça, em pequena medida, funções de outro, a fim de otimizar as atividades estatais, sem que isso o torne autoritário. Os estadistas americanos fazem essa ressalva ao interpretarem a obra de Montesquieu, afirmando que somente haverá tirania quando a “plenitude” de dois ou mais poderes estiverem nas mãos de uma só pessoa (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003).

O professor Paulo Bonavides (2007) faz essa ponderação sobre a hodierna aplicação do princípio da separação dos poderes:

Toda análise que se fizer das Constituições que tiveram seu berço e sua gênese na profunda transformação política a que assistimos, após o último conflito mundial, há se evidenciar, à saciedade, que o princípio implicitamente acolhido na Constituição Federal americana (e com muito menos rigor no parlamentarismo europeu), e dali trasladado aos países ibero-americanos, preconizando a histórica divisão de poderes, é, em nossos dias, princípio atenuado, em franca decadência doutrinária (BONAVIDES, 2007, p. 65).

O destaque da teoria do iluminista francês não está na identificação das três funções do Estado, o que já havia sido feito por seus antecessores, mas, sim, na proposta de divisão delas entre órgãos independentes, evitando a concentração nas mãos de uma única pessoa. Nesse mesmo sentido defendia que os poderes são independentes, harmônicos e controlam-se mutuamente, de maneira que se obtenha a limitação do poder pelo poder.

O professor Celso Ribeiro Bastos (1995, p. 77-78) tece notáveis comentários sobre Montesquieu e sua justificativa para que o poder fosse controlado pelo poder:

Montesquieu tinha uma profunda descrença quanto ao homem desvencilhar-se de todos os desatinos que o poder o leva a cometer. Para ele, a força corruptora do exercício do mando político está sempre presente. Chegou mesmo a afirmar que se todo poder corrompe o homem, o poder soberano o corrompe soberanamente. Não sendo possível apelar para uma eventual regeneração do próprio homem, forçoso se tornou encontrar um remédio para o arbítrio e a prepotência dentro do mecanismo de exercício do poder. Era preciso, pois, dispor as coisas de tal sorte que o próprio poder contivesse o poder.

Além disso, “[...] não pode um poder receber ordens do outro, mas cindir-se ao exercício da função que empresta o nome” (BASTOS, 2001, p. 353), devendo os poderes fiscalizarem uns aos outros os limites de suas funções.

No mesmo sentido, corrobora Bonavides (2017, p. 147):

O gênio político de Montesquieu não se cingiu a teorizar acerca da natureza dos três poderes senão que engendrou do mesmo passo a técnica que conduziria ao equilíbrio dos mesmos poderes, distinguindo a faculdade de estatuir (*faculté de statuer*) da faculdade de impedir (*faculté d' empêcher*).

A faculdade de estatuir refere-se ao direito que determinado Poder tem de ordenar algo por sua própria autoridade ou de retificar o que foi ordenado por outro Poder. Já a faculdade de impedir trata do direito que o Poder tem de anular a decisão tomada por outro Poder (MONTESQUIEU, 2010).

Logo, quando o Poder Judiciário profere uma decisão no caso concreto; ou o Legislativo delibera, vota e aprova um projeto de lei; ou o Executivo nomeia um funcionário para a administração pública, estão a se valer de suas faculdades de estatuir. Já quando o Judiciário declara a inconstitucionalidade de uma lei; ou o Legislativo não aprova a nomeação de determinadas autoridades pelo Presidente; ou quando o Executivo veta um projeto de lei, estão arrimados em suas faculdades de impedir.

Assim leciona a renomada doutrina:

[...] Com efeito, quando o executivo emprega o veto para enfrear determinada medida legislativa não fez uso da faculdade de estatuir, mas da faculdade de impedir, faculdade que se insere no quadro dos mecanismos de controle recíproco das ações do poderes (BONAVIDES, 2017, p. 147).

A faculdade de estatuir e de impedir são melhores desenvolvidas no constitucionalismo norte-americano, dando origem à denominada técnica *checks and balances*, também conhecida como Freios e Contrapesos, a qual impõe o controle de uma Poder sobre o outro. Mantém-se a independência, mas evita-se o despotismo, na medida em que os Poderes se limitam simultaneamente.

É evidente que os Poderes devem ser controlados. O primeiro controle deve ser exercido pelo povo, titular do poder formador de uma Estado (soberania popular). Contudo, apenas o controle popular não é apto, efetivamente, para limitar os Poderes instituídos, faz-se mister que estes se controlem mutuamente.

Alexander Hamilton, James Madison e John Jay – figuras icônicas na elaboração e defesa da Constituição Americana de 1787 – alertam sobre a imperiosa necessidade de controle dos Poderes:

Se os homens fossem anjos, não haveria necessidade de governo; e se anjos governassem os homens, não haveria necessidade de meio algum externo ou interno para regular a marcha do governo: mas, quando o governo é feito por homens e administrado por homens, o primeiro problema é pôr o governo em estado de poder dirigir o procedimento dos governados e o segundo obrigá-lo a cumprir as suas obrigações. A dependência em que o governo se acha do povo é certamente o seu primeiro regulador; mas a insuficiência desse meio está demonstrada pela experiência (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 318).

Os “Pais da Constituição Americana”, como são comumente chamados, afirmam que os controles externos ao governo, tendo o povo como melhor exemplo, são ineficientes, sendo assim, “[...] não há outro remédio possível senão traçar de tal maneira a construção do governo, que todas as suas diferentes partes possam reter-se umas às outras nos seus lugares respectivos” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 317).

A proposição de Montesquieu (2010) tinha (e ainda tem) por desiderato garantir a liberdade política do indivíduo, afirmando que a limitação e distribuição do poder em órgãos distintos evita o despotismo e, por conseguinte, garante a liberdade política do cidadão. “A liberdade política, num cidadão, é essa tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada qual tem de sua segurança; e, para que tenhamos

liberdade, o governo deve ser tal, que um cidadão não possa temer outro cidadão” (MONTESQUIEU, 2010, p. 169).

Montesquieu (2010, p. 169) afirma – de maneira cética com a bondade humana – que a limitação do poder faz-se necessária para assegurar as liberdades do cidadão, “[...] porque todo poder tende a se corromper e todos que o possuem são levados, mais cedo ou mais tarde, a abusar de seu emprego”. Sendo que esse abuso vai até onde houver limites impostos. Assim, para que não se abuse desse poder, faz-se imperioso a sociedade organizar-se politicamente de forma que “[...] o poder seja um freio ao poder, limitando o poder pelo próprio poder”. (MONTESQUIEU, 2010, 169).

Gize-se que tais ideias liberais – contrapostas ao absolutismo – refletiam o momento político vivido na época, em que se protestava por menos ingerência do Estado na esfera do indivíduo.

Por sua vez, John Locke – considerado o pioneiro teórico do liberalismo – não é eficaz como Montesquieu em matéria de contenção do poder do Estado e dos governantes. Paulo Bonavides (2007), discorrendo sobre o Estado Liberal e o Estado Social, assevera que a filosofia política de Locke não teve o condão de efetivamente diminuir o poder do soberano, como seria de se supor à primeira vista, e imputa isso ao otimismo do filósofo inglês que ignorava a natureza profundamente negativa do poder. Calcado na sua filosofia do direito natural, entendia que o homem tinha direitos e a humanidade deveria os consagrar de imediato e essa razão deveria preponderar sobre o poder estatal. Assim são os escritos do referido autor:

Em Montesquieu o pessimismo dá acento à doutrina contra o Estado, na consideração do próprio ordenamento estatal. Em Locke, era como se bastasse afirmar que o Homem tinha direitos para que a Humanidade de imediato os consagrasse, persuadida da superioridade do seu sistema de ideias e de governo com o mais conforme com a Natureza e a razão dos homens (BONAVIDES, 2007, p. 44).

Desse modo, Montesquieu aprimora as ideias de seu antecessor liberal, de modo a efetivamente limitar as poderes do Estado em prol da liberdade individual.

A teoria da separação dos poderes, qualificada pela harmonia e limitação entre eles, sedimentou-se com a Revolução Francesa, tendo, inclusive, sido

acrescentado na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) o preceito de que a sociedade em que não esteja assegurada separação dos poderes não tem Constituição (art. 16).

Dessa forma, a repartição dos poderes do Estado está umbilicalmente ligada à limitação dos poderes desse mesmo Estado e, por conseguinte, à liberdade individuais, o que tem estreita relação com o constitucionalismo democrático.

Assim, desde Montesquieu, a separação de poderes passou a ser associada ao conceito de constitucionalismo democrático, refletindo a expressão do poder constituinte, estando presente na quase totalidade dos Estados constitucionais democráticos modernos.

Nesse cenário, à exceção da Constituição de 1824, todas as demais Constituições brasileiras incorporaram a tripartição dos poderes nos moldes da teoria de Montesquieu. Aquela, por sua vez, serviu-se de um quarto poder: o Moderador⁷.

O Poder Moderador foi idealizado pelo francês Benjamin Constant em sua obra “Princípios Políticos Constitucionais”, publicada em 1814. Esse poder tinha o condão de se sobrepor aos demais poderes e servir para equilibrá-los. Segundo Constant (1989, p. 34), “quando os poderes públicos se dividem e estão prestes a prejudicarem-se, faz-se mister uma autoridade neutra, que faça com eles o que o Poder Judiciário faz com os indivíduos”, acrescentando que esse poder, juiz dos demais poderes, seria o poder real.

Paulo Bonavides (2017, p. 155) detalha a teoria de Benjamin Constant:

O Poder Legislativo ou representativo, segundo Constant, reside nas assembleias representativas, com a sanção do rei e sua função consiste em elaborar as leis. O Poder Executivo fica com os ministros, tendo por objetivo prover a execução geral das leis. O Poder Judiciário pertence aos tribunais, cuja missão se consubstancia em aplicar a lei aos casos particulares. Enfim o poder real (verdadeiro poder moderador) assenta no rei que, posto entre os três poderes, deve exercer uma autoridade neutra e intermediária [...]. O poder real – conclui Benjamin Constant – é de certo modo o Poder Judiciário dos demais poderes.

⁷ “Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial” (sic) (BRASIL, 1824).

A preocupação de Constant (1889) era a estabilidade do poder (em especial da burguesia) após as conquistas liberais da Revolução Francesa. Afirmava que se fazia necessária a limitação da soberania popular para impedir o desrespeito aos direitos fundamentais. Diante disso, o Poder Moderador teria o condão de impedir que os outros três poderes entrassem em conflito, assegurando, assim, a estabilidade do Estado Liberal.

Benjamin Constant (1889) procurou construir uma teoria de separação de poderes de maneira a reparti-los e evitar que os seus titulares tentassem desbancar uns aos outros. Acreditava que a teoria da convivência harmônica entre três poderes – executivo, legislativo e judiciário – através de um sistema de controle mútuo não seria hábil o bastante para garantir a estabilidade do Estado, sendo necessário a figura de um quarto poder que tivesse por missão harmonizar e controlar os demais. Deveria ser um poder que tivesse a capacidade de, nos momentos de crise, intervir nos demais poderes a fim de mantê-los em suas esferas de atribuições.

A Constituição Política do Império do Brasil de 1824 – juntamente com a de Portugal – foram os laboratórios para o sistema constitucional de repartição de poderes concebido por Benjamin Constant⁸.

Todas as demais Constituições brasileiras aderiram ao princípio da tripartição dos poderes, nos termos da doutrina de Montesquieu, afirmando a exigência de independência e harmonia entre si:

Art. 15 - São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si. (BRASIL, 1891).

Art. 3º - São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si. (BRASIL, 1934).

Art. 36 - São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si. (BRASIL, 1946).

Art. 6º - São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (BRASIL, 1967).

⁸ “Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos. Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma” (sic) (BRASIL, 1824).

Art. 6º - São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (BRASIL, 1969).

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (BRASIL, 1988).

Destaca-se que a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, muito embora mantendo os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, não fez menção ao princípio da separação dos poderes, sendo que esses últimos foram praticamente esvaziados pelo regime ditatorial. Já a Constituição de 1967 e sua Emenda nº 01 de 1969, muito embora previssem a separação dos poderes, na prática o Presidente governou despoticamente em detrimento dos outros dois Poderes.

Tais circunstâncias vêm a corroborar o já afirmado de que a lídima separação dos poderes está umbilicalmente ligada ao constitucionalismo democrático, na medida em que as Cartas de 1937, de 1967 e de 1969 foram outorgadas por governos autoritários.

2.3.1 Evolução da teoria de separação de poderes

A teoria cunhada por Montesquieu estabelece uma rígida separação dos poderes, não havendo o que a doutrina moderna chama de exercício de função atípica do Poder, ou seja, não haveria a possibilidade, mesmo que excepcionalmente, de um Poder exercer a função do outro. Essa concepção de repartição de poderes sofre significativa mudança, em especial no constitucionalismo norte-americano, o qual vem a influenciar grande parte dos Estados contemporâneos.

Como visto, Montesquieu defendia que cada Poder exerceria tão somente uma função típica de Estado, a saber, executiva, legislativa e judiciária, e controlavam-se entre si, mediante as faculdades de estatuir e de impedir. Esta última era o momento em que um poder mais “invadia” a função do outro, com a justificativa de controle mútuo e prevenção ao despotismo. Contudo, não havia a possibilidade de um Poder exercer a faculdade de estatuir exercendo a função de outro.

Os processos constituintes posteriores afastaram-se dessa concepção de que o Poder Legislativo apenas edita normas gerais e abstratas para todos; o

Executivo implementa a política de governo e conduz a administração pública e o Judiciário aplica o direito nas lides concretas. Além do exercício dessas funções típicas de cada Poder, engendrou-se um sistema em que os Poderes exercem também funções atípicas, ou seja, funções inerentes a outro Poder.

A justificativa dada é que o Estado não pode ser composto por três órgãos totalmente independentes e que se ignoram reciprocamente. A eficácia da condução do Estado e o sistema de freio e contrapesos reclamam, em certa medida, o intercâmbio de funções entre os Poderes. Nesse sentido, explica Celso Ribeiro Bastos (1995, p. 78):

É óbvio que dentro do Estado não pode haver três órgãos que se ignorem reciprocamente e que queiram ser absolutamente bastantes a si mesmos. O que a prática constitucional posterior se incumbiu de desenvolver foi precisamente a ideia de que nenhum dos poderes é em si mesmo soberano.

Com efeito, a denominação de cada Poder leva em conta a função que exerce precipuamente e não exclusivamente. As outras funções que cumpre minoritariamente, e que não corresponde ao modelo de separação proposto por Montesquieu, dá-se o nome de funções atípicas (BASTO, 1995).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1983, p. 63) disserta que o exercício de funções atípicas não afronta o princípio da separação e independência dos Poderes, desde que um Poder não possa extinguir o mandato de outro ou destituir de suas funções por questões meramente políticas, nem possa determinar como o outro deve agir no exercício de suas funções.

Isto posto, no constitucionalismo brasileiro, o Legislativo e o Judiciário exercem função administrativa quando estruturam e organizam seus órgãos, quando disciplinam o exercício de seus agentes, quando realizam aquisição de bens etc. O Legislativo julga o Presidente e outros agentes públicos nos casos de crimes de responsabilidade. O Executivo, de igual sorte, profere julgamentos em processos administrativos. O Judiciário exerce função legislativa quando elabora seus regimentos, os quais têm força de Lei. O Executivo exerce função legislativa através de leis delegadas e de medidas provisórias.

2.3.2 Repartição dos poderes no Estado Liberal e no Estado Social

A repartição das funções do Estado, em especial as do Poder Legislativo e do Executivo, foi moldada a partir do princípio que dava a fisionomia do Estado, a saber, da liberdade (Estado Liberal) ou da igualdade (Estado Social).

2.3.2.1 Estado Liberal – O Estado das liberdade individuais

Até meados do século XVII, a Europa vivia sob a égide do absolutismo, no qual todos os poderes do Estado se concentravam nas mãos de uma única pessoa: o rei. Havia uma identidade entre o monarca e o Estado, que fica bem retratada na célebre frase do rei francês Luiz XIV (1638-1715), o Rei-Sol, como ele se denominava: “O estado sou eu”⁹.

Nessa fase da história, entendia-se que o poder político exercido pelo monarca não emanava do povo, mas, sim, de Deus, era fruto do direito divino. O rei era escolhido por Deus para governar o povo e não encontrava limites no direito dos homens.

O século XVIII é marcado por revoluções que se arvoraram contra o poder ilimitado no monarca, em especial a Revolução Francesa de 1789, liderada pela ascendente burguesia, que buscava que o rei também estivesse sujeito ao império da lei.

Nesse cenário, vislumbravam os teóricos que a divisão dos poderes do Estado seria a solução para pôr fim ao absolutismo e para garantir a liberdade do cidadão. Segundo Bonavides (2007, p. 45), “a filosofia política do liberalismo, preconizada por Locke, Montesquieu e Kant, cuidava que, decompondo a soberania na pluralidade de poderes, salvaria a liberdade”.

Como fruto da revolução, o poder do rei passa a encontrar limites na legislação elaborada pelo Estado. Com efeito, ganha prevalência o Poder Legislativo, o qual incumbe representar o povo (leia-se, a burguesia) e elaborar a legislação a que

⁹ No original “*L’État, c’est moi*”.

todos estarão sujeitos, até mesmo o monarca e o próprio Estado. Nesse cenário, o Poder Legislativo ganha força em detrimento do rei (do Poder Executivo).

Assim, do pós-revolução nasce o Estado Liberal, marcado pelo afastamento do Estado da vida do cidadão, conforme aspirava a burguesia vencedora da revolução.

A burguesia francesa conduziu a revolução com a bandeira de liberdade dos indivíduos frente aos arbítrios do Estado, conduzido pelo monarca. Para eles, o Estado absolutista era o grande verdugo do indivíduo, servido como limitador de seus direitos fundamentais. Nesse sentido, explica Paulo Bonavides (2007, p. 40) que “na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade”. E acrescenta o autor:

Daí por que a perspectiva histórica daqueles tempos nos mostra com mais evidência o prestígio da ideologia que amparou os direitos naturais do homem perante o Estado do que aquela outra, que, oriunda de um teólogo como Bousuet ou filósofo como Hobbes, apregoava o direito natural do Estado, encarnado na opressão da realeza absoluta (BONAVIDES, 2007, p. 42).

A teoria liberal desenvolvida pelos revoltosos vencedores tinha por escopo a liberdade econômica a fim de permitir que a ascendente burguesia exercesse livremente suas atividades mercantis sem a intervenção estatal. Para os burgueses, o Estado era o grande algoz da economia, então a melhor maneira de se desenvolverem era deixar que o mercado se amoldasse à sociedade, livre do controle do grande Leviatã.

É o que Adam Smith (1996), em sua mais conhecida obra “A Riqueza das Nações”, vai chamar de “mão invisível do mercado”, para ilustrar que se a economia caminhar livremente, sem a interferência do Estado, ela irá se regular automaticamente, como se uma mão invisível estivesse por trás de tudo. Para o autor liberal, o Estado deveria intervir minimamente nas relações sociais.

É nesse período histórico que surge a ideia do Estado Mínimo.

O predicado fundamental do liberalismo francês pós-revolução se identifica com a expressão “*laissez-faire, laissez-aller, laissez-passer, que Le monde va de lui*

même”, que significa literalmente “deixai fazer, deixai ir, deixai passar, o mundo vai por si mesmo”, referindo-se à ideia de que o Estado não deveria intervir nas relações sociais, pois os indivíduos, sendo livres, conduziriam melhor a sociedade.

Assim, no Estado Liberal tem-se duas características marcantes: uma, nasce o império da lei, sujeitando até mesmo o monarca e o Estado (observado até os dias de hoje); e duas, o Estado é absenteísta, ou seja, o Estado vai se imiscuir o mínimo possível na vida do cidadão. A liberdade do indivíduo é a nota diferenciadora.

O professor Gustavo Rene Nicolau (2009) sintetiza essas duas características afirmando que, no Estado Liberal, o cidadão tem liberdade para fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, já o Estado tem a sua liberdade de ação mitigada pelos ditames da lei, só podendo agir havendo permissão legal. Somente a lei é que tem o condão de permitir que o Estado intervenha nas liberdades individuais.

Repisa-se a proeminência que adquire o Poder Legislativo.

O Estado liberal pós-revolução se estrutura seguindo as lições de rígida repartição dos poderes desenvolvida pelo Barão de Montesquieu, alijando o Poder Executivo de qualquer tipo de função legislativa, e objetivando sempre proteger de maneira mais ampla a liberdade do cidadão. Nessa lógica é a lição do professor Sérgio Resende de Barros (2000, p. 68):

Em suma, entre todos os poderes que são forçados a agir pelo movimento natural das coisas, destaca-se o Legislativo para captar em fórmulas racionais as leis naturais da sociedade – e não outras que o arbítrio do governante invente por absolutismo desligado de qualquer lei (*rex absolutus lege*). Ao Executivo e ao Judiciário incumbe, apenas, o zelo pela boa aplicação dessas fórmulas, sem ou em situações litigiosas.

Como já exposto, Montesquieu trata do controle mútuo dos poderes do Estado. É o controle do poder pelo próprio poder através das faculdades de estatuir e de impedir. Logo, a atividade legiferante do Poder Legislativo também sofria controle, através da faculdade do Executivo de impedir, através do veto, tendo em vista que “[...] se o Poder Executivo não tiver o direito de deter as ações do corpo legislativo, este será despótico; pois, como poderá arrogar-se todo poder que puder imaginar, aniquilará todos os outros poderes” (MONTESQUIEU, 2010, p. 175).

Frisa-se que, pela teoria de Montesquieu – adotada pelo neófito Estado Liberal –, o direito de veto era a única participação do Poder Executivo na atividade legislativa. Não haveria a possibilidade deste legislar, nem mesmo com iniciativa de lei.

A proeminência do Poder Legislativo no Estado Liberal também fica evidente ao cotejá-lo com o Poder Judiciário. Este tinha por função apenas aplicar a lei nas querelas sociais, *ipsis litteris* como criada por aquele. Não havia espaço para criações *ultra legem*, para interpretação teleológica, sociológica, histórica, sistemática, lógica etc. Os juízes eram a “boca da lei”, ou seja, apenas diziam a lei no caso concreto. Conforme preconizado por Montesquieu (2010, p. 175), “[...] os juízes da nação são apenas, como dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem nem moderar a força nem o rigor dessas palavras”.

Cumprе lembrar que a técnica de divisão de poderes cunhada por Montesquieu leva em consideração as funções, porém seu objetivo não é funcional, mas, sim, político, de limitação do poder do Estado, premissa basilar do Estado Liberal. Nas palavras de Sergio Resende de Barros (2000, p. 65), o objetivo de Montesquieu “[...] não era tanto aprimorar o funcionamento do poder, mas limitá-lo em sua expansão e garantir o que na época era o valor maior a defender perante e contra o absolutismo do rei: a liberdade do indivíduo”.

Concluindo, no modelo Estado Liberal pós-revolução, o império da lei é consagrado, de modo que, por conseguinte, o Poder Legislativo é colocado em proeminência.

2.3.2.2 O Estado Social – O Estado da igualdade

A Revolução Francesa de 1789 (e anos seguintes) teve por desiderato combater os abusos da monarquia absolutista, da intervenção arbitrária do Estado nos bens e propriedades do povo (em especial com a tributação) e nos privilégios gozados pela nobreza e pelo clero. Assim, a burguesia vencedora da revolução buscou construir um sistema livre da intervenção estatal nas relações sociais (liberdade) e de regalias a determinada casta social (igualdade).

Contudo, as ideias de liberdade e de absentéismo propostas pelo Estado Liberal proporcionaram severas mazelas sociais. A liberdade aspirada pela burguesia atendia aos seus interesses de explorar o comércio livre do controle do Estado. A igualdade defendida partia da premissa de que todos deveriam ser tratados de maneira isonômica, desconhecendo as concretas desigualdades existentes na sociedade.

A burguesia liberal “harmonizou” a igualdade com a liberdade, com ênfase neste último, a fim de que pudessem impor o seu domínio econômico sobre as demais classes. Ora, se todos fossem tratados realmente iguais, sem privilégios, sem a possibilidade de sobrepujar-se uma classe sobre a outra através da exploração do mercado, a tão buscada liberdade burguesa estaria comprometida. Em suma, um regime realmente igualitários iria de encontro aos reais interesses burgueses de domínio econômico. Nessa toada é a lição do professor José Afonso Silva (2013, p. 213):

Por isso é que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o da liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa.

Esse conceito de igualdade jurídico-formal se calca em uma visão individualista e liberal da sociedade, característica marcante dos revolucionários de 1789 e tem como consequência um efeito diverso daquele que teoricamente se propõe, ou seja, gera desigualdades, principalmente econômicas, como sabidamente aduz Paulo Bonavides (2007, p 61):

Mas como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais – termina a apregoada liberdade como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome.

A ausência de intervenção do Estado – em especial no aspecto econômico – baseando-se no sofismo que o mercado se autorregula, aliada à premissa de que

todos são iguais perante a lei e devem ser tratados de maneira isonômica, sem distinção, foi responsável pela criação de abissais desigualdades sociais.

Muito embora os seres humanos serem iguais, e a lei assim o diga que o são e que devem assim serem tratados perante ela, eles nascem e vivem em condições desiguais. Por mais que se afirme abstratamente que aquele que nasceu em uma abastada família suíça seja igual àquele que nasceu em uma comunidade carente africana, é irrefutável que estão em condições concretas díspares.

O jusfilósofo positivista Hans Kelsen (1999), com sua teoria pura do direito, já apontava que os indivíduos não podem ser tratados completamente iguais sem se observar as suas peculiaridades:

A igualdade dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devam ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, sãos de espírito e doentes mentais, homens e mulheres (KELSEN, 1999, p. 99).

Assim, a fim de superar a falência das propostas de liberdade e igualdade do Estado Liberal, emerge o Estado Social. Este reclama uma postura ativa do Estado, intervencionista, a fim de equalizar as desigualdades sociais.

O princípio da igualdade é revisto, superando o seu conceito jurídico-formal e sendo visto sob uma perspectiva material, na qual o Estado deve tratar de maneira isonômica aqueles que se encontram em situação igualitária, já aqueles que se encontram em contextos desiguais devem ser tratados desigualmente, reclamando uma ação positiva do Estado. Como retratou magistralmente Rui Barbosa (2009, p. 36-37) na centenária “Oração aos Moços”:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem. Esta blasfêmia contra a razão e a fé, contra a civilização e a humanidade, é a filosofia da miséria, proclamada em nome dos direitos do trabalho; e,

executada, não faria senão inaugurar, em vez da supremacia do trabalho, a organização da miséria. Mas, se a sociedade não pode igualar os que a natureza criou desiguais, cada um, nos limites da sua energia moral, pode reagir sobre as desigualdades nativas, pela educação, atividade e perseverança.

O Estado passa a ser responsável por inúmeras demandas, nas mais variadas esferas sociais, as quais exigem rápida, pontual e concreta intervenção, que a típica atividade do Poder Legislativo – em regra, morosa – não tem o condão de atender. Nesse contexto, passa o Poder Executivo a exercer uma atuação mais intervencionista. Como assevera Gustavo Rene Nicolau (2009, p. 18), “a necessidade de o Estado intervir nas mais variadas esferas sociais reclama uma postura intervencionista que só o Executivo poderia suprir com a celeridade necessária. O processo legislativo do período liberal não era mais adequado”.

O Estado Social não se satisfazia com a inércia do Estado Liberal, tão pouco com a lentidão do Parlamento no processo legislativo para atender todas as demandas que o novo modelo de Estado exigia. Assim, o constitucionalismo passa a conferir poderes ao Executivo com o fim de dar rápida e efetiva concretização aos direitos encampados pelo Estado Social.

Com maestria, o professor Sérgio Resende de Barros (2000, p. 69) descreve as contradições funcionais dos Poderes Executivo e Legislativo no que tange à operacionalização das intervenções estatais exigidas pelo Estado Social:

A função social exigia do Estado agilidade e eficiência nas intervenções econômicas, sociais e culturais, muitas vezes feitas em situações difíceis, acumulando urgência e relevância com a complexidade técnica e operacional das soluções. Esse quadro – o contraste entre o processo legislativo clássico e a urgência e complexidade das soluções econômicas e sociais – logo pôs em contradição o Executivo com o Legislativo. O Poder que intervém é o Executivo, pois ele é que administra os recursos do Estado. Mas o Poder que recobre de legalidade a intervenção é o Legislativo. No entanto, composto de órgãos colegiados e enormes, o Legislativo nem sempre tem a rapidez de ação e o primor técnico necessários à intervenção do Estado, sobretudo em casos de excepcional emergência, relevância, urgência. Mas o Executivo, por ser órgão singular, reúne tais condições que faltam ao Legislativo.

Nesse novo cenário, diferentemente do Estado Liberal, o Estado Social confere proeminência ao Poder Executivo frente ao Legislativo.

O professor Gustavo Nicolau (2009) lembra que as duas primeiras Constituições lastreadas no Estado Social foram a do México, de 1917, e a da Alemanha (Weimar), de 1919. Ambas as Cartas trouxeram inúmeros direitos sociais e atribuíram grandes obrigações ao Estado a fim de concretizá-los¹⁰. Com efeito, a fim de dar célere e eficaz materialização a esses direitos, conferem ao Executivo a possibilidade de expedir atos normativos.

Nesse sentido, arremata Nicolau (2009, p. 32):

Percebe-se, portanto, que a origem da produção legislativa pelo Chefe do Executivo decorre de um interesse social, de uma necessidade de o Estado intervir para organizar a economia e atenuar as desigualdades causadas pela Revolução Industrial e pelo capitalismo espoliativo. Por conta disso o Poder Executivo assume primazia no processo legislativo no Estado Social.

Nesse contexto surgem as leis de emergência ou de urgência, as quais, em casos excepcionais, são editadas pelo Poder Executivo.

É inferível que o exercício da atividade legislativa pelo Executivo no constitucionalismo moderno tem grande parte de sua gênese no Estado Social, tendo como fundamento a concretização de direitos sociais garantidos nos textos constitucionais. Contudo, como se abordará mais adiante, a atuação do Executivo no processo legislativo ampliou-se sobremaneira, transcendendo o escopo ora apresentado de materialização de direitos sociais. Vale citar o exemplo brasileiro em que o Presidente da República tem competência privativa para iniciativa da lei orçamentária, reserva de iniciativa para determinados projetos de leis, poder de exigir do Legislativo urgência na tramitação de projetos de lei de sua autoria, poder de veto, poder de propor emendas à Constituição e poder de expedir medidas provisórias com força de lei.

¹⁰ Artigo 29 da Constituição do México, de 1917, e artigo 48 da Constituição de Weimar, de 1919.

3 DO PRESIDENCIALISMO AO HIPERPRESIDENCIALISMO

No capítulo antecedente, trouxe-se à análise o constitucionalismo democrático, abordando-se a relação de poder constituinte, soberania popular, democracia e processo constituinte. Ainda, tratou-se da repartição dos poderes do Estado como uma expressão do constitucionalismo democrático.

Agora, seguindo na toada da organização e divisão dos poderes do Estado lastreadas no constitucionalismo democrático, discorrer-se-á sobre os sistemas de governo com foco no fenômeno do hiperpresidencialismo.

Para tal desiderato, tratar-se-á dos sistemas de governo presidencialista e parlamentarista, suas características, origens e suas manifestações no histórico constitucional brasileiro e finaliza-se trazendo o estudo do hiperpresidencialismo.

3.1 A ORIGEM VICIADA E A EVOLUÇÃO DO PRESIDENCIALISMO

Como já tratado no capítulo anterior, a burguesia francesa quando ascendeu ao poder na segunda metade do século XVIII identificou nos direitos fundamentais (principalmente o de propriedade) uma forma de garantir os seus próprios interesses (individuais e privados). Com efeito, a democrática vontade do povo (das grandes massas) não representa o interesse burguês. Pelo contrário, a democracia (com o sentido de vontade/governo do povo) apresentava-se como um risco aos interesses da classe burguesa.

Paulo Bonavides (2007) aponta que o princípio democrático cedeu frente ao princípio liberal, aspirando, em maior intensidade, pela burguesia vencedora da revolução:

A burguesia precisava da liberdade, e o Estado liberal-democrático [...] era um Estado destituído de conteúdo, neutralizado para todo ato de intervenção que pudesse embaraçar a livre iniciativa material e espiritual do indivíduo. [...] A burguesia, com o longo tirocínio de sua pugna contra o absolutismo, passa a desconfiar do poder. E no Estado liberal-democrático, erguido pelo constitucionalismo pós-revolucionário, o princípio liberal triunfara indiscutivelmente sobre o princípio democrático.

Estudiosos da época passaram a construir os fundamentos de uma democracia representativa, em detrimento da “democracia pura”. Nesse sentido:

Com o aprofundamento da simbiose entre a esfera pública (burguesa) e o poder público, além do Estado passar a defender pautas cada vez mais burguesas, a filosofia da época passou a construir os fundamentos de uma democracia representativa, esforço teórico que foi realizado concomitantemente ao rechaço da “democracia pura”, que implicava uma democracia popular, de massas. É notório como nesta época muitos intelectuais possuíam uma verdadeira “demofobia” e quando passaram a empregar a palavra “democracia” a empregavam apenas em sentido vexatório e ofensivo. De um modo geral, considerava-se que a democracia “pura” conduziria à anarquia e ao fim dos direitos fundamentais, e não é à toa que a primeira Constituição escrita do ocidente, a dos Estados Unidos, em nenhum momento mencione a palavra “democracia” (BASTOS, 2009, p. 42).

Sobre o citado termo “demofobia”, Thais Florêncio de Aguiar (2011), conceitua como sendo o “[...] medo ou desprezo que o *demos* (e equivalentes como povo, massas, multidões) inspirou nos pensadores modernos que formularam questões pertinentes à democracia”.

Aguiar (2011) aponta, ainda, que com a consolidação do conceito de democracia, surgiram questões do tipo: "Como gerir as massas? Como canalizar suas paixões e seus interesses? Como evitar que a potência do povo se degrade em brutalidade da multidão?". Assim, os estudiosos políticos da época cingiram seus estudos no sentido de desenvolver teorias que consolidassem o conceito de democracia e, ao mesmo tempo, conseguisse dominar o *demos* (povo), pois se entendia que a multidão não tinha capacidade de se autogovernar.

Sob essa perspectiva, os princípios democráticos fincaram raízes em um ponto de vista totalmente externo à massa, ao mesmo tempo em que o grande número se transformou em enigma da reflexão democrática. A questão demofóbica revelou, portanto, uma orientação epistemológica subjacente à teoria, de sorte que o medo da insurgência e da turbulência da maioria e a obsessão por ordem e estabilidade reconduziram ao centro do pensamento político o espectro hobbesiano do medo da morte violenta. Ademais, enquanto conhecimento produzido pela *intelligentsia* de uma época, essa teoria circunscreveu parâmetros e previu limites para a imaginação política (AGUIAR, 2011).

Assim, as democracias francesa e americana pós-revoluções nascem sob o paradoxo do governo do povo e o perigo do governo ser conduzido pelo povo. Com

efeito, Ronaldo Bastos (2020, p. 30) assevera que “o ‘povo’, principalmente no ‘momento zero’ do constitucionalismo, era utilizado apenas como ‘ícone’, vale dizer, como uma instância distante, nebulosa e, de certo modo, não delimitável, cuja única função seria conferir legitimidade ao poder político”.

Os fundamentos originários da democracia constitucional norte-americana colidem frontalmente com a literatura contemporânea, pois se partia do pressuposto de que quanto maior a participação popular nas discussões políticas, mais afastados se estaria do bem público. Ainda, preconizava-se que os representantes seriam as pessoas do povo com maior capacidade de dizer o que é melhor para o povo. Seriam pessoas “diferenciadas”.

Os federalistas norte-americanos responsáveis pelo texto magno de 1787 afirmavam que a representação política não deveria estar ao alcance de todos, mas, sim, ser composta pelos “cidadãos mais prudentes e mais capazes” em detrimento das “paixões” do povo, as quais impediriam o alcance aos interesses públicos (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003).

Montesquieu (2010, p. 171) comungava da mesma ideia: “a grande vantagem dos representantes é que eles são capazes de discutir os assuntos. O povo não é nem um pouco capaz disso, o que constituiu um dos grandes inconvenientes da democracia”.

Roberto Gargarella (1995) acrescenta que, para Madison, a vontade do cidadão não teria o condão de ser posta em prática antes de passar pelo crivo de um grupo eleito de cidadãos que representa o povo. Assim se posiciona o autor: “*El sistema representativo no es un mero ‘segundo mejor’, ante la imposibilidad de La democracia directa, sino un bien necesario y superior, frente a la incapacidad que demuestra la ciudadanía en la práctica de la democracia directa*” (GARGARELA, 1995, p. 95).

Contrapondo o apresentado, o professor lusitano Jorge Miranda (2015) afirma que a distinção entre os representantes políticos e os representados do povo não está baseada em qualidades inatas às pessoas, mas, sim, meramente no exercício de funções voltadas para a persecução dos fins do Estado e do povo.

Garagarela (1995), em seu texto “*Crisis de representación y Constituciones contramajoritarias*”, tece austeras críticas aos fundamentos apresentados por Madison para o sistema democrático representativo. Assevera que o argumento de que os representantes escolhidos (minoría) teriam melhor condições de atender o bem-estar do povo (maioría) é falacioso. O que buscava era blindar os representantes eleitos do controle do povo. Salutar a transcrição:

Madison presenta como el principal problema que la Constitución deve dirigirse a resolver, el de las "facciones políticas". Madison define a las facciones como "un grupo de ciudadanos que, ya sea que correspondan a una mayoría o a una minoría dentro de la totalidad, se unen y actúan motivados por impulsos o pasiones comunes, o por intereses, contrarios a los derechos de otros ciudadanos, o a los intereses agregados y permanentes de la comunidad. Apesar de lo que esta definición parece sugerir, el interés de Madison estaba lejos de ser el de promover alguna forma de discusión pública, disminuyendo las influencias nocivas que, contra ella, pudieran ejercer los grupos de interés. [...] De allí que, en definitiva, cuando Madison habla de facciones lo que hace referirse esencialmente, al riesgo de que las mayorías opriman a las minorías, y no la situación inversa. De allí que, cuando Madison sostuvo que el principal objetivo de la Constitución es el de controlar a las facciones, lo que quiso significar, en definitiva, fue que el principal objetivo de aquélla era el de ponerle límites a las mayorías, y proteger así a las minorías. El sistema representativo, en este sentido, venía para distanciar a las mayorías del control directo de las decisiones políticas, disminuyendo así los riesgos de impulsos mayoritarios opresivos (GARGARELA, 1995, p. 97).

Resta evidente que os sistemas constitucionais democráticos francês e americano – influenciadores de grande parte do constitucionalismo do ocidente – erigiram-se sob a antítese de uma democracia com o poder decisório do povo mitigado (quicá anulado). Nesse contexto nasceu o sistema presidencialista americano, o qual influenciou grande parte do constitucionalismo latino-americano, como bem observa Ronaldo Bastos (2020, p. 33):

É com base nesta visão de mundo, somada ao desenho constitucional oriundo dos *checks and balances*, que foi criado o presidencialismo americano. Tanto o constitucionalismo americano quanto o francês tenderam, por um lado, a retirar tanto do povo quanto dos seus representantes imediatos (a câmara majoritária) o poder sobre as decisões mais importantes, transferindo-as para o Executivo (como ocorreu, de modo geral, com a gestão da política externa), para o Senado (que tinha, por exemplo, a palavra final no julgamento do *impeachment*) e, inclusive, para o próprio Judiciário, que desde *Marbury vs. Madison* (1803), poderia substituir a vontade da

representação política pela opinião de juizes não eleitos, no que restou conhecido como controle de constitucionalidade das leis.

Assim, a gênese do sistema presidencialista no século XVIII vem eivada de interesses outros que não de promover a tão aclamada democracia, em uma perspectiva de “governo do povo, para povo e pelo povo”¹¹.

3.2 SISTEMAS DE GOVERNO – PRESIDENCIALISMO E PARLAMENTARISMO

No tópico anterior, abordou-se sobre a origem dos sistemas constitucionais democráticos pós-revoluções, tangenciando-se sobre o sistema de governo denominado presidencialismo. Com efeito, faz-se mister discorrer sobre os sistemas de governo existentes, em especial o citado sistema presidencialista.

Ab initio, sinteticamente, conceitua-se sistema de governo como a forma como o Poder Executivo e o Poder Legislativo se relacionam dentro de um Estado.

Hodiernamente, em vistas da maneira como os Poderes Legislativo e Executivo se relacionam dentro de um Estado e o exercício de suas funções, têm-se dois sistemas de governo. Um em que há uma grande preponderância do Poder Legislativo na condução da política e da administração pública (função executiva), denominado de parlamentarismo. E outro em que a separação das funções legislativa e executiva é bastante rígida e estanque, não havendo vinculação de um poder ao outro, denominado de presidencialismo.

O sistema parlamentarista não teve um marco inicial determinado. Segundo o professor Dalmo de Abreu Dallari (1998, p. 83), o parlamentarismo não foi fruto de um determinado movimento teórico ou político, ele foi se desenvolvendo ao longo dos séculos até chegar, no final do século XIX, ao modelo hoje conhecido.

A Inglaterra é tida como o berço do parlamentarismo. Este foi se consolidando ao longo dos séculos em resposta a variados fatos de insatisfação da nobreza, do clero, da burguesia e do povo em geral com a coroa. O jurista e professor

¹¹ Expressão proferida pelo Presidente norte-americano Abraham Lincoln no Discurso de Gettysburg em 19 de novembro de 1863.

Dalmo Dalari (1998, p. 83) discorre sobre alguns eventos históricos que contribuíram com o desenvolvimento do sistema parlamentarista inglês:

No final do século XVIII, como consequência de intensas lutas políticas, familiares e religiosas, iria desencadear-se o processo que determinou a criação do parlamentarismo. A Revolução Inglesa, que teve seu ápice nos anos de 1688 e 1689, culminou com a expulsão do rei católico Jaime II, que foi substituído por Guilherme de Orange e Maria, ambos protestantes, embora ela fosse filha do próprio Jaime II. A partir de 1688, o Parlamento se impõe como a maior força política, e altera, inclusive, a linha de sucessão, com a exclusão do ramo católico dos Stuarts, o que iria ter sérias consequências poucos anos depois. Durante o reinado de Guilherme e Maria, bem como no de sua sucessora, a Rainha Ana, estabeleceu-se o hábito de convocação pelo soberano de um "Conselho de Gabinete", que era um corpo restrito de conselheiros privados, consultados regularmente sobre assuntos de relações exteriores. Com o falecimento da Rainha Ana, em agosto de 1714, o príncipe alemão Jorge, eleitor de Brunswick-Lüneburg e que governava de Hanover os seus territórios, foi considerado o herdeiro legítimo da coroa britânica, subindo ao trono da Inglaterra com o título de Jorge I. Nem ele, nem seu sucessor Jorge II, tinham conhecimento dos problemas políticos ingleses, e não revelaram o menor interesse por eles. Como registram os historiadores, nenhum dos dois falava inglês e quando se dirigiam ao Parlamento faziam-no em latim. Uma das principais consequências de todas essas circunstâncias foi que o Gabinete continuou a se reunir e a tomar decisões, sem a presença do rei. E logo um dos ministros, membro do Gabinete, foi se destacando dos demais, liderando o Gabinete e passando a expor e defender suas decisões perante o Parlamento. Esse ministro, Roberto Walpole, foi chamado, de início por ironia, Primeiro Ministro, por sua ascendência sobre os demais e no controlar o rei. Mas sua atuação teve importância decisiva para que, com a redução da participação e da autoridade do monarca nas decisões políticas, ficasse claramente delineado um dos pontos básicos do parlamentarismo: a distinção entre o Chefe do Governo, que passou a ser o Primeiro Ministro, e o Chefe do Estado, que continuou sendo o monarca.

Já o sistema presidencialista teve sua origem nos Estados Unidos, fruto da construção jurídica e política dos constituintes ao elaborarem o texto da Constituição de 1787. Os constituintes da Filadélfia buscaram inspirações na pátria-mãe, contudo configuraram um regime de governo diverso do lá existente, o parlamentarismo. Este foi amoldado às ambiências do novo mundo até se configurar um modelo novo e autônomo de organização do poder político, o presidencialismo.

Os constitucionalistas de 1787 desenvolveram um sistema em que o “[...] o Presidente é o depositário supremo do Poder Executivo” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 301).

Convém pontuar que, curiosamente, já se observava traços do presidencialismo no regime monárquico britânico. Certas características da figura do

rei foram importadas para o novo regime. Nessa perspectiva, destaca Paulo Bonavides (2017, p. 318):

A figura do Presidente, munido de poderes que são a forte aparência do sistema e nominalmente o assinalam, é já uma reminiscência republicana do rei da Inglaterra e suas prerrogativas, rei que eles timidamente traduziram na imagem presidencial. Hesitaram tão-somente quanto ao mandato que lhe haveriam de conferir, de tal modo que não faltou quem aventasse até a ideia de Presidente vitalício, oferecendo uma coroa a George Washington.

Essa equiparação deu-se já no momento posterior à promulgação da Constituição Americana. Em sua defesa se arvoraram os seus coautores e defensores assíduos, Alexander Hamilton, James Madison e John Jay (2003), atribuindo essa comparação à má-fé dos adversários da Constituição. Assim expressaram suas indignações:

Nisso, sobretudo, é que os adversários da Constituição mostraram sua má-fé; porque, contando com a aversão do povo para o governo monárquico, esforçaram-se por dirigir todas as suas inquietações e todos os seus terrores sobre a instituição do presidente dos Estados Unidos, representando-o, não já como um fraco gérmen, mas como um colosso formidável, filho da realeza, cujas feições apresenta com tudo quanto elas têm de hediondo (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 405).

Os federalistas norte-americanos citados afirmaram que não havia semelhança entre o Presidente dos Estados Unidos da América e o Rei da Inglaterra, pois aquele é eleito para um período determinado, enquanto este é hereditário e vitalício. Aquele está sujeito à perda do cargo se incorrer em crime, enquanto este é inviolável (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003).

Os norte-americanos inspiraram-se na monarquia inglesa ao criarem um sistema de governo unipessoal, contudo as péssimas lembranças que tinham do absolutismo da coroa inglesa, enquanto estiveram sob seu domínio, fez com que adotassem esse novo sistema, livre do que consideravam ser seus principais vícios, a saber, a hereditariedade e a vitaliciedade.

O novo sistema desenvolvido pelos constitucionalistas norte-americanos teve como marco teórico a célebre obra de Montesquieu, "O Espírito das Leis", no que tange à separação dos poderes do Estado e o sistema de controle entre eles, o sistema de pesos e contrapesos (*checks and balances system*). Segundo Dalmo de

Abreu Dallari (1998, p. 86), cotejando a Constituição norte-americana com a obra de Montesquieu *De L'Esprit des Lois*, “[...] revela ter havido muito mais do que simples coincidência. O ponto do notável teórico francês é a recomendação relativa à separação dos poderes, o que foi religiosamente seguido pelos norte-americanos”.

Nessa lógica, Dallari (1998) assevera que praticamente todas as recomendações tecidas por Montesquieu, no que tange às particularidades e atribuições dos poderes, foram acolhidas na Constituição de 1787. Destaca o jurista que, *a priori*, houve um ponto com divergência: Montesquieu, ao se referir ao Poder Executivo, assevera que ele deve ser exercido por um monarca. Contudo, em verdade, a divergência é simplória. Notadamente, a proposta do teórico francês era que o Poder Executivo fosse independente e atribuído a um órgão unipessoal e sem subordinação ao Parlamento, sendo que em sua época não havia órgão com tais características que não os reis.

Salutar a transcrição do escrito de Montesquieu, destacando a razão pela qual o autor entende que o Executivo deve ser conduzido de forma unipessoal, que foi a mesma justificativa trazida pelos federalistas norte-americanos de 1787 e ainda é, em larga medida, o argumento para os defensores do sistema presidencialista em detrimento do parlamentarismo:

O Poder Executivo deve permanecer nas mãos de uma monarquia, porque essa parte do governo, que quase sempre tem necessidade de uma ação instantânea, é mais bem administrada por um só do que por vários; enquanto o que depende do Poder Legislativo é, não raro, mais bem ordenado por muitos do que por um só. Pois, se não houvesse monarca e o poder executivo fosse confiado a certo número de pessoas tiradas do corpo legislativo, já não haveria liberdade; porque os dois poderes estariam unidos, com as mesmas pessoas fazendo às vezes – e podendo fazer sempre – parte de um e de outro (MONTESQUIEU, 2010, p. 173).

Muito embora Montesquieu tenha servido de marco teórico, a separação dos poderes esculpida no constitucionalismo norte-americano sofreu relativa adaptação (como já tratado no tópico que trata da evolução da separação dos poderes). Para Montesquieu, a repartição de poderes deveria ser estanque, sem a possibilidade, mesmo que excepcionalmente, de um Poder exercer a função do outro. Os constitucionalistas de 1787, ao desenvolverem o sistema de governo

presidencialista, seguiram a regra geral de rígida separação de poderes, porém previram a possibilidade de cada um exercer funções atípicas, ou seja, funções que são típicas de outro Poder, além de preverem um sistema mais severo de controle mútuo, o denominado *checks and balance system* ou sistema de freios e contrapesos. Dessa forma é a dicção do professor Gustavo Rene Nicolau (2009, p. 14):

Fruto de suas peculiares condições históricas, políticas e até geográficas, os Estados Unidos da América desenvolveram durante o século XVIII um sistema político-constitucional que abrange o federalismo, o presidencialismo, um sistema de fiscalização de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário exercido de modo difuso, além de um arranjo de freios e contrapesos atribuindo aos poderes funções típicas e atípicas que lhes permite um eficaz controle uns sobre os outros.

Importante ressaltar que a existência da figura do Presidente, por si só, não caracteriza um regime de governo como presidencialista, de igual sorte a existência do Parlamento não é o que define o regime parlamentarista. Todo Estado presidencialista possui um Parlamento e os regimes parlamentaristas podem ter como chefe de Estado um rei (vitalício, por exemplo a Inglaterra) ou um Presidente (eleito, geralmente pelo Parlamento, por exemplo a Itália). O que vai caracterizar um regime como parlamentarista ou presidencialista é a relação existente entre os poderes executivo e legislativo.

O sistema parlamentarista caracteriza-se pela dualidade entre a chefia de governo e a chefia de Estado. Aquele, escolhido pelo Parlamento, – Primeiro Ministro ou Chanceler – exerce as funções executivas e este – Presidente ou Rei – as funções de representação do Estado.

Como no parlamentarismo o chefe de Governo não tem mandato ou investidura, mas, sim, a confiança do Parlamento, este mesmo Parlamento pode depô-lo por questões tão somente políticas, através do voto de desconfiança, de censura ou da perda da maioria parlamentar. Nesse sentido é a lição do professor José Afonso Silva (2013, p. 511):

[...] o governo é responsável ante o Parlamento (Câmara dos Deputados), o que significa que o governo depende de seu apoio e confiança para governar; (h) o Parlamento é responsável perante os eleitores, de sorte que a responsabilidade política se realiza do governo para com o Parlamento e

deste para com o povo; (i) significa que, se o Parlamento retirar a confiança no governo, ele cai, exonera-se, porque não tem mandato, nem investidura a tempo certo, mas investidura de confiança; perda esta, que pode decorrer de um voto de censura ou moção de desconfiança, exonera-se, para dar lugar à Constituição de outro governo; [...].

No sistema presidencialista, o poder político se concentra na pessoa do Presidente, o qual é eleito pela população para um mandato fixo e exerce as funções de chefe de estado e chefe de governo, alargando sobremaneira o papel político do chefe do Poder Executivo no comando do Estado. Para alguns, em certa medida, amplos em demasia. É o que se colhe da lição de Bonavides (2017, p. 320): “os poderes do Presidente conhecem a mais larga extensão. São considerados asoberbantes e esmagadores e continuam em expansão nos distintos sistemas. O presidencialismo tem sido até criticado como regime de um homem só”.

Os criadores norte-americanos do sistema presidencialista advogam no sentido de que o Poder Executivo precisa ser forte, para que possa administrar com maestria o Estado. Afirmam que “Poder Executivo sem força supõe fraca execução das leis e do governo e execução fraca é o mesmo que má execução: logo um governo mal executado, seja qual for em teoria, não pode deixar de ser mal em prática” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 418).

Ainda, Hamilton, Madison e Jay (2003, p. 419), enaltecendo o sistema presidencialista em detrimento do sistema parlamentarista, aduzem que a força necessária para o Executivo governar está na sua unidade: “a decisão, a atividade, o segredo e a diligência não se podem esperar senão das operações de um homem só; e quanto mais numeroso for o corpo de que emanarem os atos do Executivo, tanto mais eles ressentirão dos inconvenientes opostos”.

Os mesmos autores, ao defenderem o sistema de governo aprovado em sua recente Constituição, aduziram que o Conselho no sistema parlamentarista inglês se presta como órgão do Executivo responsável perante a nação, pois, como o rei é perpétuo e inviolável, sem a existência do Conselho, o Poder Executivo não estaria sujeito a nenhum tipo de responsabilidade. Para eles, na Inglaterra o Conselho serve para suprir a responsabilidade do monarca. No sistema desenvolvido pela Constituição de 1787 é despicienda essa preocupação, pois na forma de governo

adotada – república – todos os agentes políticos são responsáveis pela gestão da coisa pública (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 423).

O professor Alexandre Botelho (2005, p. 263) sintetiza as características do regime presidencialista afirmando que “[...] o Presidente é escolhido pela população para um mandato fixo e não depende da confiança do Congresso para permanecer no cargo. Outra característica é a escolha popular e a ausência de dependência política do Parlamento”.

Acrescenta-se outra faculdade deveras importante do chefe do Executivo no sistema presidencialista que é o poder de veto, pelo qual o Presidente pode vetar projeto de lei aprovado pelo parlamento. Segundo Hamilton, Madison e Jay (2003), o poder de veto tem dupla funcionalidade na divisão dos Poderes: a primeira é a autoproteção do Presidente, que poderá vetar leis aprovadas pelo parlamento que atentem contra as suas prerrogativas e poderes; e a segunda é de proteção da sociedade, permitindo-o vetar projetos de leis que tenham por desiderato apenas beneficiar os representantes do povo e não o próprio povo.

Como visto, o Presidente recebe seus poderes diretamente da Constituição e da população que o escolhe democraticamente pelo voto direto, secreto e universal (em regra). A escolha popular do chefe do Executivo confere-lhe maior legitimidade, o que dá azo à sua independência e irresponsabilidade política perante o Poder Legislativo. Diferentemente do sistema parlamentarista, no qual o chefe de Governo é escolhido pelo Parlamento e, por conseguinte, deve estar em harmonia com este, no presidencialismo o chefe de Estado e de Governo é eleito da mesma maneira que os membros do Poder Legislativo, ou seja, pelo voto popular. Por esta razão, ambos os poderes (Executivo e Legislativo) são independentes e não se subordinam um ao outro. É a materialização da concepção de separação de poderes desenvolvida por Montesquieu.

Repisa-se que a independência dos poderes é ponderada pelo sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Para Dalmo Dallari (1998, p. 86), “o sistema presidencial norte-americano aplicou, com o máximo rigor possível, o princípio dos freios e contrapesos, contido na doutrina da separação dos poderes”.

A fim de que o Presidente não se torne um mero executor de leis elaboradas pelo Poder Legislativo, colocando este em posição de supremacia ou, até mesmo, engendrando uma “ditadura do Parlamento”, o sistema presidencialista (em maior ou menor medida) confere ao chefe do Executivo iniciativa do projeto de lei de determinadas matérias e poder de veto à legislação aprovada pelo Parlamento. Aqui se torna deveras evidente o sistema de freio e contrapesos. Vale citar o exemplo brasileiro: as duas casas legislativas (Câmara dos Deputados e Senado Federal) aprovam um projeto de lei, este segue para sanção ou veto do Presidente; havendo a sanção, a lei é promulgada, publicada e passa a vigor; ocorrendo o veto, o projeto retorna para o Parlamento, o qual, mediante votação especial, poderá refutar o veto presidencial e aprovar a legislação.

Ainda, diferentemente do parlamentarismo, no regime presidencialista não há possibilidade de o Poder Legislativo interpelar o Presidente pela forma de condução da política de governo, ou seja, não há que se falar em confiança do Parlamento no chefe de governo. Apesar de ser possível, em determinadas situações, o Poder Legislativo julgar o Presidente por crime de responsabilidade e o depô-lo do cargo – o chamado *impeachment* – nunca deverá ocorrer por questões tão somente políticas.

Frisa-se que o *impeachment* é um procedimento voltado apenas para os crimes de responsabilidade, não podendo ser utilizado para questionar a habilidade, a capacidade ou a eficiência do Presidente em conduzir o Estado. Nas palavras do professor Dalmo Dallari (1998, p. 88), “é possível que o Presidente, adotando uma política inadequada, mas sem praticar qualquer ato delituoso, cause graves prejuízos ao Estado, não havendo, nessa hipótese, como retirá-lo da presidência e impedir a manutenção da política errônea.

Essa falta de responsabilidade do governo perante o Parlamento enaltece a separação dos poderes, contudo é mote de críticas para muitos, que asseveram estar-se diante de uma ditadura de temporária. Nesse sentido, explicam Lenio Streck e José Luis Bolzan de Moraes (2014, p. 136):

Para muitos, o presidencialismo não passa de uma ditadura a prazo fixo, posto que há uma renúncia ao princípio da responsabilidade do governo

frente ao Parlamento, em troca de uma maior separação das funções estatais, malgrado sua recíproca limitação, dando-se um reforço acentuado à função executiva e retirando importância aos partidos políticos em razão da separação entre governo e congresso.

No regime presidencialista o chefe do executivo é eleito para governar por um período determinado, não havendo que se falar, como já dito, em sua deposição por má condução política, por perda de apoio do Parlamento ou, até mesmo, por perda de apoio da população (à exceção dos casos de crime de responsabilidade). A irresponsabilidade política e o mandato fixo levam à hipertrofia dos poderes do Presidente.

A irresponsabilidade política do Presidente, o exercício da função de maneira intangível por um espaço de tempo fixo e o descompromisso com o apoio popular e do Parlamento enfeixam o presidencialismo com características dos regimes monárquicos absolutos. Durante o seu mandato fixo, o Presidente é revestido de prerrogativas semelhantes às de um rei. A nota diferenciadora entre os dois regimes é a eletividade e a temporalidade do Presidente, contrapondo a hereditariedade e a vitaliciedade do monarca. Nesse sentido se manifesta a doutrina:

O presidencialismo pode ser analisado de forma análoga à monarquia. Lá, como aqui, o poder é unipessoal (se está a falar da monarquia absoluta ou constitucional, não da monarquia parlamentarista). O poder político do Estado está concentrado em uma única pessoa (Presidente e Rei). Todavia, elementos característicos do presidencialismo o conformam aos anseios democráticos da cultura ocidental, pois substitui a vitaliciedade e a hereditariedade, peculiares à monarquia, pela temporariedade dos mandatos e pela eletividade para os cargos públicos no sistema presidencialista (BOTELHO, 2005, p. 263).

Convém ressaltar que o mandato fixo, *prima facie*, tem por objetivo trazer estabilidade para o governo. Contudo, em situação de crise e de incapacidade do Presidente de geri-la, a impossibilidade de removê-lo do cargo antes do término do prazo constitucionalmente previsto leva às revoltas populares, gerando, por conseguinte, instabilidade social e política.

Desde a sua gênese, no século XVIII, o sistema presidencialista garante supinos poderes ao Presidente, praticamente sem sujeição ao Poder Legislativo. Esse foi o objetivo dos constitucionalistas da Filadélfia. Além disso, com as mudanças na

sociedade de massas, cada vez mais exigentes de medidas governamentais sociais e econômicas em curto espaço de tempo, o constitucionalismo, com vistas na modernização e eficiência, passou a dotar o Presidente de instrumentos que lhe conferiram ainda maior empoderamento. Nessa linha de pensar se posiciona a doutrina: “essa necessidade de fortalecer os poderes do Executivo decorre das próprias condições da vida moderna e a importância dos problemas econômico-financeiros e de segurança” (BALEEIRO; BRITO; CAVALCANTI, 2018, p. 21).

As medidas provisórias da Constituição brasileira de 1988 bem ilustram esse fenômeno (com as ressalvas do seu uso desmedido, que será mote de capítulo adiante).

As contemporâneas demandas estatais agigantadas tornaram o Estado cada vez mais aparelhado (quicá inflacionado), o que refletiu no aumento das atribuições do Presidente e, por conseguinte, no seu poder. Na nação mãe do presidencialismo já se via esse empoderamento, conforme ilustra o saudoso Paulo Bonavides (2017, p. 322), ao afirmar que” [...] o Presidente dos Estados Unidos é virtualmente o ‘ditador constitucional’”. Em suas palavras:

Hoje, um Presidente dos Estados Unidos teria inveja daqueles seus antecessores ilustras, quando, sem mais alternativas, se vê responsável pela nomeação direta de milhões de funcionários e pela execução de despesas orçamentárias que se aproximam de meio trilhão de dólares, concentrando simultaneamente em suas mãos a impressionante soma de poderes de um rei da Inglaterra, um primeiro-ministro da Itália e um secretário-geral do antigo Partido Comunista da União Soviética (BONAVIDES, 2017, p. 321)

A ressalva que a renomada doutrina faz é de que essa modernização do Poder Executivo possa levar os Estados a uma “ditadura constitucional”. Desse modo se posiciona Bonavides (2017, p. 325):

Resta saber, mormente nos países presidenciais de estrutura subdesenvolvida, até onde se poderá admitir essa expansão jurídica dos poderes do Presidente da República, sem acoimar de “ditadura constitucional” os Estados, onde esse fenômeno ocorre. Na orla atlântica, países que ainda ontem, pelo proclamado aperfeiçoamento de suas instituições políticas e pelo alto grau de seu progresso econômico, viviam sob a égide da paz e do reformismo social, como França e os Estados Unidos, padecem a mesma crítica ao fortalecerem de maneira excessiva a autoridade presidencial.

Como já mencionado, é no presidencialismo que a separação de poderes, na perspectiva proposta por Montesquieu, mostra-se mais evidente, uma vez que não há a influência do Poder Legislativo nas ações do Executivo, como há no parlamentarismo. Contudo, é inegável a supremacia do Poder Executivo frente aos demais.

Esse fato, combinado com a irresponsabilidade do Presidente pela condução da política e aliado a eventuais instrumentos constitucionais postos à disposição do chefe do Executivo, conduz à exacerbada concentração de poderes nas mãos de uma única pessoa. Hiperbolicamente (talvez não), Paulo Bonavides (2017, p. 321) afirma que “Luiz XIV, redivivo, trocaria talvez sem titubear o manto real e seu poder pela faixa presidencial de qualquer Presidente dos Estados Unidos”.

O admirável Dalmo Dallari (1998), fazendo uma análise crítica e pragmática do presidencialismo, aponta dois cenários: a um, se o Executivo é mais forte que o Legislativo, obtém tudo que quiser deste, sem estar sujeito a qualquer responsabilização, agindo como verdadeiro ditador. A dois, se o Legislativo detém força, irá criar empecilhos legislativos à sua política de governo, resultando em ineficiência do Estado.

O mesmo jurista apresenta como argumentos favoráveis ao presidencialismo a celeridade em que as decisões políticas podem ser tomadas e postas em prática, bem como a desnecessidade de transigências e o interesse de que a política adotada seja exitosa. Todas essas vantagens decorrentes da unipessoalidade do decisor (DALLARI, 1998, p. 88).

No tocante às críticas, cita, como outros autores, a ideia de uma ditadura temporária, haja vista a eleição por tempo certo e sem responsabilidade política:

O principal argumento que se usa contra o presidencialismo é que ele constitui, na realidade, uma ditadura a prazo fixo. Eleito por um tempo certo e sem responsabilidade política efetiva, o Presidente da República pode agir francamente contra a vontade do povo ou do Congresso sem que haja meios normais para afastá-lo da presidência (DALLARI, 1998, p. 88).

Paulo Bonavides (2017, p. 336) apresenta os problemas que entende existir no sistema presidencialista, que ele chama de “vícios do presidencialismo”:

[...] a influência perturbadora do Presidente na operação sucessória, buscando eleger seu sucessor ou até mesmo, se for o caso, reformar a Constituição para reeleger-se; a debilidade e subserviência do Congresso à vontade presidencial, convertendo-se o legislativo num poder ausente, caracterizado por impotência crônica, sistema onde não há em verdade a colaboração dos poderes, senão o predomínio de um poder sobre o outro ou a disputa de hegemonia entre os poderes; onde as crises do governo geram as crises das instituições; onde o Congresso, entrando em conflito com o Executivo, só dispõe de instrumentos negativos de controle: a recusa de dotações orçamentárias, a obstrução legislativa etc. [...].

A amplitude de poderes e a irresponsabilidade política do Presidente frente ao Parlamento, ao revés de gerar estabilidade, por vezes gera instabilidade entre os Poderes, através da obstrução legislativa supracitada, como meio de controle negativo do Congresso. Como o Parlamento não possui meios para controlar a condução da política, o que lhe resta é boicotar a produção legislativa que seja do interesse do Presidente, ocasionando desarmonia e instabilidade entre os poderes, morosidade no processo legislativo e ineficiência na gestão pública.

3.2.1 Presidencialismo de coalizão – O presidencialismo à brasileira

Essa relação conturbada entre Executivo e Legislativo no sistema presidencial de governo dá ensejo ao fenômeno cunhado pelo cientista político Sérgio Abranches (1988, p. 21) de presidencialismo de coalizão: “o Brasil é o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o ‘presidencialismo imperial’, organiza o Executivo com bases em grandes coalizões”.

No parlamentarismo, a chefia de governo é composta pela escolha da maioria do Parlamento, logo, Legislativo e Executivo conduzem a política na mesma sintonia. Não existem tensões entre a “vontade” do Presidente e a “vontade” do Parlamento. Já no regime presidencialista, a política adotada pelo Presidente não necessariamente é a vontade da maioria do Parlamento, a separação dos poderes é mais estanque e aquele não tem responsabilidade perante este pela política de governo adotada. Aliado a isso tem-se o pluripartidarismo do Brasil, que compõem o Legislativo, o qual produz inúmeras ideologias e “vontades”.

Segundo Sérgio Abranches (1988, p. 21):

A frequência de coalizões reflete a fragmentação partidária-eleitoral, por sua vez ancorada nas diferenciações sócio-culturais (sic); é improvável a emergência sistemática de governos sustentados por um só partido majoritário. Essa correlação entre fragmentação partidária, diversidade social e maior probabilidade de grandes coalizões beira o truísmo. É nas sociedades mais divididas e mais conflituosas que a governabilidade e a estabilidade institucional requerem a formação de alianças e maior capacidade de negociação.

Então, o Presidente é levado a transacionar com as várias bancadas partidárias do Parlamento para obter apoio da maioria e ter a chamada governabilidade. Nesse cenário, formam-se as coalizões. E como o Brasil é caracterizado pelo pluripartidarismo, ou seja, é composto de um grande número de partidos, por conseguinte, a composição das Casas Legislativas também é plural, logo, o Executivo necessita celebrar acordos com várias bancadas partidárias para chegar à aspirada maioria parlamentar. Desse modo leciona Abranches (1988, p. 22):

Dependendo da distribuição das cadeiras parlamentares entre os partidos, pode tornar-se impraticável formar coalizões mínimas. Se, por exemplo, a proporção de cadeiras de um partido não for suficiente para alcançar a maioria simples e a adição de qualquer outro partido ultrapassar esta marca, é inevitável a Constituição de uma grande coalizão, se o presidente considerar arriscado, inconveniente ou mesmo inviável governar com a minoria.

Destarte, é comum o Presidente negociar cargos do Executivo com determinadas frentes partidárias a fim de ter o apoio na Casa, assim como é comum o Parlamento aprovar projetos que onerem os cofres públicos ou não aprovar projetos de interesse do Executivo, com a finalidade de pressionar o Presidente a atender demandas (em regra de interesse privado) do Legislativo. Cada votação importante no Congresso cinge-se de fartos acordos políticos (muitas das vezes escusos).

O presidencialismo de coalizão dá ares do sistema parlamentar, porém em vias transversas. Neste, o chefe de Governo tem apoio do Legislativo, porque foi por ele escolhido e é responsável perante ele. Naquele, o Presidente tem o apoio do Legislativo porque forma coalizões através de transações.

Da tese de Sérgio Abranches (1988) pode-se extrair duas conclusões: 1) no presidencialismo brasileiro o Presidente necessita de apoio do Parlamento; 2) o

Presidente consegue esse apoio pactuando com o Parlamento e formando coalizões partidárias que permitem governar à sua vontade.

Importante destacar que é deveras simples para o Presidente barganhar com o Parlamento, haja vista que ele detém o comando de todo o aparelhamento da administração pública.

3.3 O PARLAMENTARISMO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

No período monárquico, de 1847 a 1889, o Brasil vivenciou um ensaio de parlamentarismo.

Durante os reinados brasileiros, a chefia do Estado e do governo era exercida pelo Imperador, o qual era auxiliado pelos Ministros de Estado. Segundo Daniel Sarmiento e Claudio Pereira de Souza Neto (2012, p. 80), no império de Dom Pedro II adotou-se a praxe da composição do Conselho de Ministros, formado pelas forças políticas que detinham a maioria na Câmara dos Deputados. O citado conselho era chefiado pelo Presidente do Conselho de Ministros, o qual era nomeado pelo Imperador. A criação de tal cargo, que se deu através de decreto¹² do Imperador, deu azo ao reconhecimento, por parte de alguns, do surgimento de um sistema parlamentarista.

Ao revés, boa parte da doutrina não admite que esse sistema seja titulado de parlamentarismo. Primeiro, pela falta de responsabilidade do chefe do Executivo perante o Legislativo, como adverte Sarmiento e Souza Neto (2012, p. 80): “o Executivo não dependia da confiança do Parlamento e os Ministros respondiam apenas perante o Imperador”. Segundo, haja vista a concentração de poderes nas mãos do Imperador, decorrente do Poder Moderador¹³, que poderia dissolver a Câmara dos Deputados (o que fez onze vezes), suspender magistrados, nomear senadores, nomear e destituir ministros à sua livre vontade, entre outros poderes

¹² Decreto nº 523 de 20 de julho de 1847.

¹³ “Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos”.

(artigo 101 da Constituição de 1824). Assim aduz Bonavides (2017, p. 364): “o mais grave vício que comprometeu todos os sistemas parlamentares pátrios foi indubitavelmente a concentração de poderes nas mãos do Imperador, que converteu-se, através do Poder Moderador, em supremo juiz de todas as causas”.

Nos dizeres de Octaviano Nogueira (2018), a figura do Conselho de Ministros e de seu Presidente não tinha o potencial de transformar o sistema de governo em parlamentarista. As funções adjudicadas ao Conselho seriam uma atribuição conferida pelo Imperador e não um preceito constitucional apto a definir o sistema de governo, até porque o regime parlamentarista não encontraria estribo na Constituição. São essas as palavras do autor:

Na verdade, mais uma imposição política e uma concessão do Imperador do que um preceito da Constituição. Esta, ao contrário, não só não autorizada como, na doutrina e na prática, vedava-o. Primeiro, porque fazia independente o Executivo da maioria parlamentar da Câmara; segundo porque, por meio do Poder Moderador, concedia ao Monarca o poder de, livremente, nomear e demitir os seus ministros e, terceiro, porque condicionava a dissolução da Câmara, não às conveniências políticas do governo, mas, sim, aos casos “em que o exigir a salvação do Estado”, como dispunha o art. 101, item V da Constituição (NOGUEIRA, 2018, p. 13).

Por esses motivos, muitos doutrinadores, reputam o sistema de governo vigente no referido período de “parlamentarismo às avessas” ou “pseudoparlamentarismo” (BONAVIDES, 2017, p. 364). Apesar das incompatibilidades com a Constituição, o sistema que governo do Império muito se aproximava ao parlamentarismo. Não o era; mas era algo parecido. Por isso a feliz a expressão “pseudoparlamentarismo”.

O cientista político e historiador Octaviano Nogueira (2018) narra um fato que bem retrata a praxe do governo de gabinete do Império:

Em 1883, convidado por Lafaiete Rodrigues Pereira, Presidente do Conselho de Ministros, a se demitir do cargo de Ministro da Guerra, por incompetência revelada no exercício de suas funções, Rodrigues Júnior recorreu ao Imperador para reparar o que julgava uma afronta. A resposta que lhe deu D. Pedro II foi a de que, há muito, tinha transferido aos Presidentes do Conselho o privilégio de propor a nomeação e demissão de seus colegas de Ministério. Essa prerrogativa, exercida não se sabe exatamente a partir de que época, aproximou significativamente a prática política do regime Constitucional de 1824 das praxes parlamentaristas de que a Grã-Bretanha era o modelo não escrito (NOGUEIRA, 2018, p. 14).

Já na vigência da República, sob a égide da Constituição de 1946, o Brasil passou por um efêmero período de parlamentarismo, consequência de uma grave crise política. Em face da renúncia do Presidente eleito, Jânio Quadro, e a iminente assunção de seu vice, João Goulart, forças políticas opostas lograram êxito na rápida aprovação da Emenda Constitucional nº 04, em 02 de setembro de 1961, que instituiu o sistema parlamentarista no Brasil.

O parlamentarismo durou de setembro de 1961 até janeiro de 1963, quando, após manifestação plebiscitária, o presidencialismo retornou¹⁴.

A última experiência do sistema parlamentarista foi com a Constituição de 1988, não de adoção, mas de tentativa. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias previa, em seu artigo 2º, que cinco anos após a promulgação da Constituição seria realizado plebiscito para que o povo decidisse qual a forma de governo (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que deveria vigorar no país.

Lembra Botelho (2005, p. 278) que, na época da Constituinte de 1988, tinha-se a intenção de aprovar no texto constitucional o sistema parlamentarista, contudo a ideia não foi bem recepcionada. Então optaram os constituintes por inserir a regra plebiscitária, a fim de se ter um tempo razoável para formação de uma opinião pública favorável.

Em 21 de abril de 1993, realizou-se a consulta popular, a qual se manifestou pela a manutenção de República e do sistema presidencialista de governo.

3.4 O PRESIDENCIALISMO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Nesse tópico, analisar-se-á a presença do sistema presidencialista nas Constituições brasileiras.

¹⁴ Esse tema será retomado em tópico posterior que irá discorrer sobre a constituinte de 1967.

3.4.1 Constituição de 1824 – A Constituição do Império

A primeira Constituição do Brasil tem algumas peculiaridades que merecem evidência nesse estudo. A primeira diz respeito à sua estabilidade: a Carta Constitucional de 1824 teve 65 anos vigência (de 1824 a 1889). Trata-se da Constituição mais longeva do Brasil. E todo esse tempo com apenas uma emenda (o Ato Adicional de 1834).

A segunda característica peculiar é sua classificação quanto à estabilidade. Segundo José Afonso Silva (2013), a Constituição do Império foi a única brasileira tida como semirrígida, ou seja, com uma parte rígida, somente alterável através de um processo especial, mais dificultoso que o das leis ordinárias; e uma parte flexível, alterável com rito idêntico ao das leis ordinárias. Isso se dá pelo previsto no artigo 178, *in verbis*:

Art. 178. E' só Constitucional o que diz respeito aos limites, e attribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias (sic) (BRASIL, 1824).

Segundo Octaviano Nogueira (2018, p. 10), essa plasticidade da Constituição de 1824 “[...] foi inspirada no constitucionalismo inglês, segundo o qual é constitucional apenas aquilo que diz respeito aos poderes do Estado e aos direitos e garantias individuais”.

A plasticidade da Constituição de 1824 também é verificada pela inexistência de cláusulas pétreas, ou seja, todo o texto constitucional era passível de ser alterado pelo poder constituinte derivado. Afonso Celso de Assis Figueiredo (1983, p. 37) afirma que a Constituição do Império era tão plástica que, em tese, até mesmo a República poderia ter sido implantada no país com uma simples emenda constitucional.

A terceira característica que merece destaque no presente estudo é a relação entre os poderes. A Constituição monárquica foi a única que previu a existência de quatro Poderes, ao invés de três, como fizeram as demais, conforme artigo 10: “Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do

Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial” (sic) (BRASIL, 1824).

Como já tratado no capítulo anterior, o Poder Moderador tinha a nota distintiva de se sobrepor aos demais poderes e servir para equilibrá-los.

O imperador era o titular único do Poder Moderador:

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma. (BRASIL, 1824).

Ao contrário do que se possa pensar, mesmo com a existência do Poder Moderador, o Poder Legislativo era quem exercia a função legiferante, em moldes muito similares ao atual, em síntese: aprovação nas duas casas legislativas¹⁵ e sanção do chefe do Executivo, no caso, do Imperador (artigos 52 a 70).

Ainda, como tratado no tópico anterior, o Império ensaiou um pseudoparlamentarismo, no qual se exerciam práticas parlamentarista, contudo, parlamentarismo não o era, pois tal sistema era incompatível com a Constituição de 1824.

Evidentemente que na Constituição do Império, de 1824, não há que se falar em sistema presidencialista, haja vista a incompatível simultaneidade das figuras do rei e do presidente. Em outros termos, é ontologicamente inviável a forma de governo monárquico com o sistema de governo presidencialista. A monarquia ou será absoluta ou será parlamentarista. Já a república será presidencialista ou parlamentarista.

¹⁵ O Poder Legislativo era formado pela Assembleia Geral, a qual era composta pela Câmara dos Deputados e pela Câmara de Senadores (artigo 14 da Constituição de 1824).

3.4.2 Constituição de 1891 – A Constituição da República da Espada e das Oligarquias

O Brasil deixa de ser uma monarquia ingressando no rol dos Estados Republicanos em 1889¹⁶ e em 1891 emerge a primeira Constituição republicana. Os professores Paulo Bonavides e Paes de Andrade (1991) lecionam que nesse momento da história do Brasil houve duas manifestações do poder constituinte. Uma de fato, com a revolução que pôs fim ao Império e outra de direito com a produção e promulgação da Constituição de 1891.

Nesse contexto, em 1891, surge no Brasil, com sua primeira Constituição da República, o regime presidencialista de governo (artigos 41 a 54). Essa constituição de 1891, com forte inspiração na Magna Carta americana, adotou um modelo liberal republicano. O jurista Ruy Barbosa – grande responsável pelo texto constitucional de 1891 – era grande admirador da Constituição norte-americana, e desta importou o sistema presidencialista de governo.

Aliomar Balleiro (2018) aduz que o Marechal Deodoro da Fonseca (Presidente da República à época da elaboração da Constituição de 1891) tinha pretensões autoritárias que colidiam com o sistema presidencialista, restando a Rui Barbosa lapidar o projeto aos moldes da Constituição do Estados Unidos. Desse modo é a narrativa histórica do autor:

De 10 a 18 de junho de 1890, Rui debatia com os outros Ministros, à tarde, em sua casa, artigo por artigo, e todos eles, à noite, submetiam o trabalho vespertino à fécula do Marechal. Este queria unidade da magistratura, poder de o Presidente da República dissolver o Congresso, enfim, disposições incompatíveis com o Presidencialismo federativo do figurino norte-americano ou da cópia argentina de 1853, obra de Alberdi. Rui poliu o projeto, imprimindo-lhe redação castiça, sóbria e elegante, além de ter melhorado a substância com os acréscimos de princípios da Constituição viva dos EUA [...] (BALEIRO, 2018, p. 24).

Desta sorte, a primeira Constituição pátria incorporou o sistema presidencialista norte-americano, ou seja, o chefe do Executivo nomeava e exonerava

¹⁶ Decreto 01 de 15 de novembro de 1889. “Art. 1º. Fica proclamada provisoriamente e decretada como a forma de governo da nação brasileira - a República Federativa”.

livremente os seus Ministros de Estado, não havia a figura do líder dos Ministros (chefe de governo), o Presidente não devia responsabilidade ao Poder Legislativo pela forma de condução da política e não poderia ser destituído, salvo nos casos de *impeachment*, mas nunca por questões meramente de política de governo. Em síntese, como no presidencialismo norte-americano, congregou-se no Presidente da República as funções de chefe de Governo e chefe de Estado.

Compulsando o texto constitucional de 1891, percebe-se grande similitude no que tange à relação entre os Poderes, com a vigente Constituição. Vale citar a irresponsabilidade do Presidente pela condução da política (característica típica do presidencialismo) e o julgamento pelo Senado nos casos de crime de responsabilidade (*impeachment*) e pelo Supremo Tribunal Federal nos casos de crimes comuns, em ambos os casos após autorização da Câmara dos Deputados.¹⁷

3.4.3 Constituição de 1934 – A Constituição que morreu jovem

Sob a égide da Constituição de 1891, o Brasil vivenciou momentos de concentração de poder (a República Velha = República da Espada + República Oligárquica) que culminaram com a Revolução de 1930. Esta, vitoriosa, instituiu o Governo Provisório, tendo como Presidente Getúlio Dorneles Vargas, o qual iria governar o país até a instalação da Assembleia Constituinte.

O Governo Provisório foi instituído pelo Decreto n. 19.398 de 11 de novembro de 1930, o qual pôs fim a qualquer repartição de funções entre os Poderes Legislativo e Executivo, concentrando as funções desses dois poderes nas mãos do Governo Provisório, conforme previa o artigo 1º:

Art. 1º O Governo Provisório exercerá discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, **como também do Poder Legislativo**, até que, eleita a Assembléia Constituinte, estabeleça esta a reorganização constitucional do país (sic) (BRASIL, 1930, grifo nosso).

¹⁷ “Art. 53 - O Presidente dos Estados Unidos do Brasil será submetido a processo e a julgamento, depois que a Câmara declarar procedente a acusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e nos de responsabilidade perante o Senado”.

Essa regra de concentração de poderes nas mãos do que seria o chefe do Executivo foi estendida também para os Estados:

Art. 11. O Governo Provisório nomeará um interventor federal para cada Estado, salvo para aqueles já organizados; em os quais ficarão os respectivos presidentes investidos dos Poderes aqui mencionados.

§ 1º O interventor terá, em cada Estado, os proventos, vantagens e prerrogativas, que a legislação anterior do mesmo Estado confira ao seu presidente ou governador, **cabendo-lhe exercer, em toda plenitude, não só o Poder Executivo como também o Poder Legislativo.** (sic) (BRASIL, 1930, grifo nosso).

Em verdade, o Poder Legislativo foi dissolvido em toda nação e assim permaneceu até a promulgação da Constituição de 1934, com arrimo no artigo 2º do referido decreto:

Art. 2º É confirmada, para todos os efeitos, a **dissolução** do Congresso Nacional das atuais Assembléias Legislativas dos Estados (quaisquer que sejam as suas denominações), Câmaras ou assembléias municipais e quaisquer outros órgãos legislativos ou deliberativos, existentes nos Estados, nos municípios, no Distrito Federal ou Território do Acre, e dissolvidos os que ainda o não tenham sido de fato (sic) (BRASIL, 1934).

Nesse interregno, o Governo Provisório exerceu as funções legislativas por meio de decretos, podendo, até mesmo, modificar a Constituição por meio desse instrumento legislativo unipessoal:

Art. 4º Continuam em vigor as Constituições Federal e Estaduais, as demais leis e decretos federais, assim como as posturas e deliberações e outros atos municipais, todos; **porém, inclusive as próprias constituições, sujeitas às modificações e restrições estabelecidas por esta lei ou por decreto** dos atos ulteriores do Governo Provisório ou de seus delegados, na esfera de atribuições de cada um. [...] Art. 17. Os atos do Governo Provisório constarão de **decretos** expedidas pelo Chefe do mesmo Governo e subscritos pelo ministro respectivo. (sic) (BRASIL, 1930, grifo nosso).

Ainda, o Decreto de 11 de novembro de 1930 excluiu da apreciação judicial os atos do Governo Provisório e dos Interventores Federais que fossem praticados em conformidade com a lei (artigo 5º).

É notável que o Governo Provisório, conduzido por Getúlio Vargas, instituiu uma ditadura temporária (1930 a 1934), oportunidade em que as funções executivas

e legislativas ficaram concentradas em um único órgão e sem a possibilidade de sofrer controle por parte do Poder Judiciário. Aduzem Bonavides e Andrade (1991, p. 284), que o Decreto n. 19.398 “[...] foi um autêntico ato constitucional [...] e teve a profundidade de um estatuto da ditadura”.

Getúlio Vargas procrastinou sobremaneira a convocação da Assembleia Constituinte, governando unilateralmente o país como Executivo e Legislativo, fato que desencadeou revoltas da população, sendo a mais famosa a Revolução Constitucionalista de São Paulo, em 1932, na qual os revoltosos questionavam a forma absolutista que Getúlio governava e pugnavam pela convocação imediata da Assembleia Constituinte. Assim é o relato trazido por Bonavides e Andrade (1992, p. 279):

A instalação da Constituinte de 1933 se deu três anos depois de vitoriosa a Revolução de 30, tendo sido precedida de um fato político da maior importância: a chamada revolução constitucionalista de São Paulo que estalou em 1932 e foi rapidamente sufocada pelo Governo Provisório. Representou, porém, um protesto contra a vocação continuísta da ditadura e a indefinição de seus poderes conduzidos já no exercício discricionário a formas de extremo absolutismo.

Em 03 de maio de 1933, foi instalada a Assembleia Constituinte e, em 16 de julho de 1934, foi promulgada a nova Constituição, subseqüentemente, Getúlio Vargas foi eleito indiretamente Presidente da República.

Assevera o professor Ronaldo Poletti (2018) que a Constituição de 1934 foi construída sob as premissas do sistema presidencialista (artigos 51 a 62), contudo, os constituintes tiveram a prudência de criar mecanismos de contenção dos poderes do chefe do Executivo. Vale citar, à guisa de ilustração, que o estado de sítio dependia de prévia autorização de Legislativo, podendo revogar a qualquer momento. De igual maneira, a intervenção federal nos estados, para garantir a observância dos princípios constitucionais, seria executada pelo Presidente da República, porém deveria ser decretada por lei federal. Enfatiza o autor que “[...] a ideia era de conter o Executivo. [...] Sempre o Legislativo dava a última palavra” (POLETTI, 2018, p. 33).

Para encerrar a abordagem sobre a Carta Constitucional de 1934, é de grande valia para o presente trabalho destacar que, na Assembleia Constituinte de 1933/1934, foi debatido sobre a imposição do sistema de governo parlamentarista.

Paulo Bonavides e Paes de Andrade (1991), descrevendo de forma ímpar os processos constituintes do Brasil, narram que o deputado constituinte Agamenon Magalhães formulou a emenda n. 39 ao anteprojeto da Constituição, propondo, como forma de governo à República, o sistema parlamentarista. O parlamentar argumentava que o presidencialismo era totalitário, um regime de um só partido e um só homem, que governava sem responsabilidade de governo.

Convém transcrever um excerto da justificativa da emenda da lavra de Agamenon Magalhães e trazida por Bonavides e Andrade (1991, p. 303):

A experiência do presidencialismo no Brasil não deixa dúvida sobre a necessidade de mudarmos de sistema político, a revolução Nacional de outubro de 1930 foi a condenação brasileira do regime de separação absoluta dos poderes, velha ficção varrida pelos fatos políticos, que, cada vez mais determinam a coordenação das funções do governo sem fronteiras intransponíveis. O argumento que se usa e de que se abusa em favor do presidencialismo, consiste em atribuir aos homens, e não ao sistema, seu fracasso irremediável. Mas as formas de governo são feitas para os homens e não para os deuses. Se nossa educação, os nossos costumes políticos não nos permitem o presidencialismo, é porque o regime não deve ser adotado. [...] Não há melhor instrumento de ditadura do que o presidencialismo.

Os argumentos do deputado constituinte Agamenon não foram aptos para convencer a Assembleia Constituinte, tendo sido consagrado o sistema presidencialista de governo. Não obstante, as contundentes críticas ao presidencialismo tecidas há quase um século podem servir, em certa medida, para o quadro político presidencial contemporâneo.

3.4.4 Constituição de 1937 – A Constituição do Estado Novo

A Carta de 1937 findou o diminuto lapso temporal de vigência da Constituição de 1934 – fruto de uma Assembleia Nacional Constituinte – e instalou o Estado Novo, um modelo de Estado autoritário, concentrando o poder nas mãos do Chefe do Poder Executivo, que à época era Getúlio Dornelles Vargas.

A constituição foi apelidada de “Constituição Polaca”, haja vista que a fonte de inspiração foi a Constituição Polonesa. Porém, seria leviano não acrescentar a influência exercida pelo fascismo de Mussolini, da Itália, e o nazismo de Hitler, da Alemanha.

Bonavides e Andrade (1991, p. 339) asseveram que nem mesmo a Carta de 1824, outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, foi elaborada de maneira tão dissociada da participação popular:

Mesmo a Constituinte de 1824, outorgada por D. Pedro I, deve ser considerada como fruto do trabalho dos constituintes. Quando o texto estava concluído, o Imperador dissolveu a Assembleia, mas a Carta que outorgou foi na quase sua integralidade a que os irmãos Andradas e outros ilustres brasileiros haviam preparado. Por isso, pode-se afirmar que a Constituição de 1937 foi a primeira que dispensou o trabalho de representação popular constituinte.

Paradoxalmente, a Carta de 1937 apresentava um caráter populista, pois buscava encontrar legitimidade através das reiteradas previsões de consulta plebiscitárias. A expressão aparece nove vezes no texto constitucional, número muito superior ao das outras constituições. Até a deliberação sobre a própria Constituição deveria ser submetida ao escrutínio popular, como previa o artigo 187: “Art. 187 - Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República” (BRASIL, 1937).

Uma previsão deveras interessante é a do artigo 174, que versa sobre a possibilidade de modificação do texto constitucional. O seu parágrafo quarto preconizava que se um projeto de modificação da Constituição proposto pelo Presidente não fosse aprovado pelo Parlamento, aquele poderia submetê-lo ao plebiscito nacional.

Na prática, tais previsões não passaram de letra morta, com cunho eminentemente sofisticado, pois nunca ocorreram. Com a sapiência que lhes é peculiar, Bonavides e Andrade (1991, p. 340) asseveram que “[...] mais do que técnica plebiscitária, o que a Constituição de 1937 visava com as propostas de plebiscito era o despistamento para facilitar o jogo do poder”.

E, ainda, como não havia Poder Legislativo funcionando, o Presidente modificava unilateralmente a Constituição, através das denominadas “leis constitucionais”. Com efeito, infere-se que a Constituição de 1937, em certa medida, buscava em seu texto estabelecer uma Constituição bonapartista, contudo, não chegou a esse nível (tenro) de participação popular (LOSURDO, 2004).

As contradições do texto constitucional são ululantes, por vezes prevendo direitos e garantias e, logo após, preconizando a possibilidade de seu cerceamento. O capítulo que trata dos Direitos Individuais é o mais curioso, pois o mesmo dispositivo que assegura o direito imanente a todo ser humano, o excepciona. Chegou ao cúmulo de prever a possibilidade de pena de morte dentro do referido capítulo (artigo 122, item 13). No mesmo sentido, o direito à liberdade de expressão, previsto no artigo 122, item 15:

Art. 122 [...] 15) todo cidadão tem o **direito de manifestar o seu pensamento**, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei. A lei pode prescrever: a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a **censura prévia** da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação; b) medidas para impedir as **manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes**, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude; [...] (BRASIL, 1937, grifo nosso).

Apesar do seu modelo aparentemente populista, a Carta de 1937 não se privou de deixar assentado seu verdadeiro caráter autoritarista. Ora, não há como um Estado se dizer democrático e representativo e em seu texto maior prever a possibilidade de tolhimento da liberdade de expressão, sendo que esta é a manifestação máxima da democracia e do sistema representativo. Nesse diapasão são as críticas à Constituição de 1937 do professor Walter Costa Porto (2018):

Ora, a Constituição é radicalmente contrária à liberdade de opinião. Ela postula, em princípio, essa liberdade, mas, logo em seguida, a condiciona e imita em tais termos que acaba por negar o que havia postulado. Ela estabelece, com efeito, a censura prévia da imprensa. Ora, o regime da censura prévia é, precisamente, o regime da suspensão da liberdade. Não se concebe regime democrático ou representativo em que não haja liberdade de opinião. A liberdade de opinião é da substância do regime democrático. De nada vale prescrever na Constituição que os órgãos supremos do Estado serão eleitos por sufrágio direto se, ao mesmo tempo, e no mesmo documento, se proscreve a liberdade de opinião, sujeitando a expressão do pensamento à censura prévia do Governo.

É indubitável o modelo ditatorial da Carta de 37, na medida em que os Poderes Executivo e Legislativo foram reunidos na pessoa do Presidente da República. Os Poderes Legislativos de todos os entes federados foram dissolvidos por disposição constitucional e assim permaneceriam até que fossem marcadas novas

eleições pelo Presidente, depois de realizado plebiscito nacional, o que nunca ocorreu.

Assim era disposto no artigo 178:

Art. 178 - São dissolvidos nesta data a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembléias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais. As eleições ao Parlamento nacional serão marcadas pelo Presidente da República, depois de realizado o plebiscito a que se refere o art. 187. (BRASIL, 1937).

Muito embora a Carta de 1937 previsse a existência dos três tradicionais Poderes, não havia harmônica divisão de funções. O próprio texto constitucional definia o Presidente da República como “autoridade suprema do Estado”, com a incumbência de dirigir a política interna e externa, de orientar e, até mesmo, de promover a política legislativa, *in verbis*: “art. 73 - O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a **política legislativa** de interesse nacional e superintende a Administração do País” (BRASIL, 1937, grifo nosso).

O Presidente tinha poderes para legislar, através de decretos-leis (um predecessor das atuais medidas provisórias): “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 legislativa da União” (BRASIL, 1937, grifo nosso).¹⁸

Os decretos-leis são a manifestação, por excelência, da concentração dos Poderes Executivo e Legislativo nas mãos do Presidente da República e possuem, em certa medida, grande similitude com o instituto das medidas provisórias trazidas no texto constitucional de 1988. O que causa inquietação são os momentos históricos: em 1937, a Constituição foi outorgada, houve um período de exceção em que o

¹⁸ Com base no art. 180 da Constituição de 1937, o Presidente Getúlio Vargas editou importantes decretos-leis, com força de lei, muitos deles vigentes até os dias de hoje: Código de Processo Civil (Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939); Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940); Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941); Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941); Consolidação das Leis do Trabalho (o Decreto-lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943), entre outros. Foram editados 9.914 decretos-leis com base no art. 180 da Carta de 1967, conforme informa o Portal da Legislação do Planalto (BRASIL).

Presidente ascendeu ao cargo sem manifestação popular e governava de maneira unilateral com o Parlamento dissolvido. Em 1988, a Constituição foi promulgada com grande deliberação da Assembleia Constituinte, democratização, governo representativo, Poderes Executivo e Legislativo eleitos pelo sufrágio universal e com as funções delimitadas segundo as características iminentes de cada Poder, visando evitar (ao menos em tese) qualquer tipo de sobreposição de um ao outro. No capítulo subsequente será analisada essa temática.

As denominadas “leis constitucionais” merecem estudo aprofundado nesse trabalho, pois trata-se do instrumento pelo qual o Presidente alterava o texto constitucional.

Pela redação do artigo 180, a Constituição atribuía ao Presidente a função de editar decretos-leis sobre a matéria “legislativa”, ou seja, matéria legal, não abrangendo o poder de constituinte reformador. Tanto é assim, que a Constituição previu, em seu artigo 174, o processo de emenda à Constituição com a participação do Poder Legislativo, o efetivo representante do poder constituinte.

A doutrina constitucional, buscando dar algum caráter legítimo às constituições outorgadas, leciona que, uma vez outorgada a Constituição, ela se desvincula do poder que a outorgou, submetendo-se aos seus ditames. Essa é a única forma de uma Constituição outorgada apresentar alguma garantia. Se o poder que a outorgou pudesse livremente alterá-la, a Constituição perderia o seu caráter constitucional. Assim, com a outorga, o poder do outorgante esvai-se, retornando ao poder constituinte a possibilidade de modificar a Constituição (PORTO, 2018).

E nesse sentido são os mandamentos da Constituição de 1937, ao estabelecer, no seu artigo 174, o processo especial (diverso do processo legislativo ordinário) para emenda à Constituição. O artigo 180, repisa-se, não tinha o dote de conferir (até porque seria um desvario ainda maior) poder constituinte derivado ao Presidente. Ainda, o artigo 13 afastava toda interpretação em sentido contrário:

Art. 13 O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes: a) modificações à Constituição; [...] (BRASIL, 1937).

Entretanto, como o Parlamento se manteve inoperante, o Presidente modificava unilateralmente a Constituição, através das denominadas “leis constitucionais”, ao arrepio da regra constitucional. O Presidente extrapolou os limites até mesmo de uma Constituição que já conferia poderes exorbitantes ao chefe do Executivo. Bonavides e Andrade (1991, p. 333) asseveram: “a Constituição de 37 não respeitou nem mesmo o seu próprio texto, concentrando direitos numa única pessoa (o Presidente). Ela foi o biombo de uma ditadura que sequer tinha preocupações com os disfarces”.

Assim, muito embora a previsão constitucional dos três Poderes com certa divisão de funções, não há que se falar que na vigência da Carta de 1937 houve um sistema presidencialista (ou qualquer outro que o valha), pois o próprio texto constitucional conferia poderes de um regime ditatorial ao Presidente da República.

Em verdade, tomando o conceito de “sistema de governo” como sendo a relação entre o Poder Legislativo e o Executivo de um Estado, não se consegue justificar a existência de um durante o Estado Novo (1937 a 1945), pois durante todo esse período o Parlamento permaneceu inoperante.

3.4.5 Constituição de 1946 – A Constituição da redemocratização

Em 1945, o povo clamava pela redemocratização e o Estado Novo já não tinha mais sustentáculo para se subsistir. Então, em 29 de outubro de 1945, as forças armadas foram às ruas marcar a queda do Estado Novo e entregaram a chefia da nação ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro José Linhares. A ele foi dada a missão de conduzir o país à redemocratização. Os correligionários do presidente deposto afirmavam jocosamente que o país estava ingressando em uma “ditadura togada” (BONAVIDES; ANDRADE, 1991).

Mesmo com a queda de Getúlio Vargas, o país continuava sob a égide da “Constituição Polaca”, sendo a atividade legiferante levada a efeito através dos famigerados decretos-leis e as reformas constitucionais através das inconstitucionais leis constitucionais (não se trata de um trocadilho).

A redemocratização exigia uma nova Carta Política. Assim, em 12 de novembro de 1945, o Presidente em exercício, através da Lei Constitucional de nº 13, convocou a tão ansiada Assembleia Constituinte:

Lei Constitucional nº 13 [...] Art. 1º - Os representantes eleitos a 2 de dezembro de 1945 para a Câmara dos Deputados e o Senado Federal reunir-se-ão no Distrito Federal, sessenta dias após as eleições, em Assembleia Constituinte, para votar, com poderes ilimitados, a Constituição do Brasil. Parágrafo único - O Conselho Federal passa a denominar-se Senado Federal. [...] (BRASIL, 1945).

Uma peculiaridade nesse processo constituinte merece destaque. Diferentemente da Assembleia Constituinte de 1933/1934, a de 1945/1946, após a promulgação do novo texto constitucional, não iria se dissolver, transformando-se em Poder Legislativo ordinário. Porém também discrepou da futura Assembleia Constituinte de 1987/1988, pois, nesta, durante os trabalhos da constituinte, os parlamentares cumularam as funções com as de legisladores ordinários. Na de 1945/1946, durante os trabalhos de produção do novo texto constitucional, as atividades de legislador ordinário continuavam a ser exercidas pelo Presidente da República e somente com a promulgação da Constituição é que passariam a funcionar como Poder Legislativo ordinário. É o que se extrai da Lei Constitucional nº 13, em seu artigo 2º: “Promulgada a Constituição, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal passarão a funcionar como Poder Legislativo ordinário” (BRASIL, 1945).

Do mesmo modo, a Lei Constitucional nº 15:

Art. 2º - Enquanto não for promulgada a nova Constituição do País, o Presidente da República, eleito simultaneamente com os Deputados e Senadores, exercerá todos os poderes de Legislatura ordinária e de administração que couberem à União, expedindo os atos legislativos que julgar necessários (BRASIL, 1945).

Assim, após acurado trabalho da Assembleia Constituinte, em 18 de setembro de 1946 é promulgada a Carta Magna de 1946 que, segundo Paulo Bonavides e Paes de Andrade (1991, p. 399), trata-se da Carta que teve “[...] maior conteúdo de legitimidade de nossa história constitucional”. E continuam enaltecendo o texto e os constituintes:

[...] obra de uma das Constituintes mais legítimas do ponto de vista dos seus pressupostos formais de convocação, não teve, em face de nossa tradição constitucional, um caráter simplesmente restaurador, corretivo e aperfeiçoador, senão que avulta na dimensão de seu perfil uma nota consideravelmente inovadora, em aspecto de maior importância do ponto de vista social: aquele cuja consagração só fortifica com mais firmeza e solidez a legitimidade, a eficácia e a juridicidade das Constituições modernas e contemporâneas (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 399).

Então, após o período de exceção do Estado Novo, a democracia emerge com a Constituição de 1946, a qual adota a tradicional tripartição dos Poderes, restituindo as prerrogativas e atribuições do Poder Legislativo e Judiciário que haviam sido tolhidas pelo regime constitucional imediatamente anterior.

A Magna Carta de 1946 tinha semelhança com a de 1934, tendo por razão os momentos históricos e os fatores políticos análogos que a nação vivenciava. Segundo Aliomar Baleeiro e Barbosa Lima Sobrinho (2018, p. 25), a elaboração dos dois textos constitucionais foi fruto do espírito democrático voltado a sanar os males que os poderes em demasia do Poder Executivo criaram, a saber, exageros do presidencialismo na República Velha e espírito ditatorial no Estado Novo.

Ainda reverberando os traumas da ditadura do chefe do Executivo do Estado Novo, o constituinte de 1946 instituiu um sistema rígido de separação de poderes, vedando cumulação e delegação de funções entre os Poderes:

Art. 36 - São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.

§ 1º - O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição.

§ 2º - É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições. (BRASIL, 1946).

A aversão ao Executivo legislador era tamanha que o texto constitucional original não só não previu hipóteses de atividade legislativa diretamente pelo Presidente, como também obstou qualquer forma de delegação de funções de um Poder ao outro, o que, evidentemente, inclui a vedação da atividade legislativa delegada (leis delegadas).

Assim, o sistema de governo presidencialista foi o que vigeu durante a Constituição de 1946 (artigos 78 a 93), com a tradicional distribuição das funções do Estado entre os três Poderes.

3.4.6 Constituição de 1967 e sua Emenda de 1969 – A Constituição dos Atos Institucionais

Em 1960, elege-se Presidente do Brasil Jânio Quadro, tendo como seu vice João Goulart (Jango, como era conhecido). Em 31 de janeiro de 1961, envervou a faixa presidencial, contudo, em 25 de agosto do mesmo ano, renunciou ao cargo. Diante desse cenário, seu vice deveria assumir a presidência.

Porém, João Goulart apresentava proximidade com o comunismo, o que desagradava parte de elite política. Assim, a fim de neutralizar o futuro chefe da nação, uma astuta e célere manobra política possibilitou a aprovação da Emenda Constitucional nº 04 de 02 de setembro de 1961, implementando o regime de governo parlamentarista. Neste, Jango iria governar juntamente com um Conselho de Ministros. Aliomar Baleeiro e Barbosa Lima Sobrinho (2018, p. 21) narram a história:

Os líderes parlamentares intervieram entre os Ministros e Jango, propondo imediata Emenda Constitucional no sentido de transformar-se a estrutura constitucional presidencialista noutra parlamentarista, de sorte que o Presidente da República viesse a governar com um Conselho de Ministros aprovado pela Câmara dos Deputados e que poderia ser destituída pelo voto de confiança dela. Foi votada em menos de uma semana.

O afã em aniquilar o Presidente foi tamanho que o regime parlamentarista desenvolvido foi além dos tradicionalmente conhecidos, esvaziando quase de maneira absoluta a autonomia do Presidente, vinculando todos os seus atos ao referendo do Presidente do Conselho de Ministros. Nesse sentido, e sem eufemismos redacionais, é o texto da citada emenda constitucional: “Art. 7º - Todos os atos do Presidente da República devem ser referendados pelo Presidente do Conselho e pelo Ministro competente como condição de sua validade” (BRASIL, 1961).

João Goulart envidou todos seus esforços para retomada do poder através de intensa campanha de retorno ao presidencialismo, logrando êxito na convocação

de um plebiscito para janeiro de 1963. A resposta da consulta popular foi absolutamente favorável ao retorno do sistema presidencial, que assim se deu através da Emenda Constitucional nº 06, de janeiro de 1963 (BRASIL, 1963). Daniel Sarmento e Souza Neto (2012, p. 106) detalham esse peculiar momento político:

O sistema não estava funcionando bem, e João Goulart trabalhava intensamente para recuperar a plenitude dos poderes presidenciais. Até mesmo alguns dos seus adversários defendiam a volta do presidencialismo, por entenderem necessária no Brasil a presença de um Executivo forte. Em 16 de setembro, é editada a Lei Complementar nº 2, convocando o plebiscito para 6 de janeiro de 1963 — antecipando-se, portanto, à data prevista na Emenda nº 4. Realizado o plebiscito, a vontade das urnas surgiu inequívoca: 76,97% do eleitorado manifestou-se pelo retorno do presidencialismo. A mudança é formalizada por meio da Emenda Constitucional nº 6, de 23 de janeiro de 1963.

Com a retomada da chefia de Governo e do Estado por João Goulart, aquecem-se agitações políticas, sociais e econômicas. Jango inicia uma campanha de proximidade com os setores trabalhistas, pequenos agricultores, sindicatos, líderes de esquerda e militares de baixa patente, prometendo as ovacionadas Reformas de Base. Isto causa inquietação no setor empresarial, nos proprietários rurais e nos oficiais militares que temem pela radicalização do regime e passam a arquitetar a deposição do Presidente.

Nesse cenário conturbado, em 31 de março de 1964 ocorre a derrocada de João Goulart pelos militares. Tratou-se de uma tomada de poder sem confronto, havendo a simples movimentação de tropas militares e, em 01 de abril de 1964, o presidente do Senado declarou vago o cargo de Presidente da República. Como inexistia a figura do Vice-presidente, assumiu o cargo o Presidente da Câmara, Ranieri Mazzilli, que permaneceu apenas treze dias no cargo, sendo substituído pelo General Humberto Castelo Branco, dando início à era dos governos militares (SARMENTO; SOUZA NETO, 2018, p. 107).

Com a tomada do poder em 1964, instala-se um regime de exceção, no qual os chefes do Poder Executivo não seriam eleitos diretamente pelo voto popular.

Mesmo com a tomada do poder pelos militares, ainda estava vigente a Constituição de 1946, a qual era diametralmente incompatível com a metodologia da política delineada. Assim, até a elaboração da Carta de 1967, o chefe do Executivo

governava lastreado nos Atos Institucionais por ele estabelecidos, os quais neutralizaram a Constituição vigente. E, mesmo antes da outorga da Carta de 1967, os decretos-leis já eram utilizados para o Presidente exercer atividade legiferante.

O Ato Institucional nº 1 (AI-1), subscrito em 09 de abril de 1964 pelos comandantes das três forças armadas, formalizou a tomada do poder e denominou o movimento de Revolução Vitoriosa.

Aos que se aventuram estudar o Poder Constituinte e o constitucionalismo, o preâmbulo do AI-1 causa frenesi, na medida em que o Ato não busca fundamento de validade na Constituição vigente, mas se intitula o próprio Poder Constituinte. É digna a transcrição das partes mais expressivas do preâmbulo:

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, **a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma.** Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. **Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte.** Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular. O Ato Institucional que é hoje editado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome da revolução que se tornou vitoriosa com o apoio da Nação na sua quase totalidade, se destina a assegurar ao novo governo a ser instituído, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa Pátria. A revolução vitoriosa necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe. [...] Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional. **Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação.** [...] (BRASIL, 1964, grifo nosso).

No mesmo sentido de invocação da manifestação do Poder Constituinte foi o preâmbulo do Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965:

Não se disse que a revolução foi, mas que é e continuará. **Assim o seu Poder Constituinte não se exauriu, tanto é ele próprio do processo revolucionário**, que tem de ser dinâmico para atingir os seus objetivos. [...] **A autolimitação que a revolução se impôs no Ato institucional, de 9 de abril de 1964, não significa, portanto, que tendo poderes para limitar-se, se tenha negado a si mesma por essa limitação, ou se tenha despojado da carga de poder que lhe é inerente como movimento**. Por isso se declarou, textualmente, que "os processos constitucionais não funcionaram para destituir o Governo que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País", mas se acrescentou, desde logo, que "destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de Constituição do novo Governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do poder no exclusivo interesse do País". A revolução está viva e não retrocede. [...] (BRASIL, 1965, grifo nosso).

Nessa toada, o AI-1 trouxe uma pitoresca previsão ao determinar que a Constituição vigente deveria se adaptar a ele: "Art. 1º - São mantidas a Constituição de 1946 e as Constituições estaduais e respectivas Emendas, com as modificações constantes deste Ato" (BRASIL, 1964). Assim, por essa disposição esdrúxula, o AI-1 é que decidiria as partes válidas do texto constitucional. Em verdade, o que estava em vigor, de fato, era o Ato revolucionário, e não a Constituição. Sobre o tema, assim se posiciona Celso Ribeiro Bastos (2001, p. 121):

Instaura-se uma ordem revolucionária no País que, de certa forma, já significava a derrocada da Constituição de 1946. Esta só restou em vigor na medida em que o próprio Ato Institucional n. 1 a manteve, o que justifica dizer que na verdade não era mais a Constituição de 1946 que vigia, mas, sim, o ato de força.

Foi o Ato Institucional nº 2 (AI-2) que formalizou a possibilidade de o chefe do Executivo legislar através dos famigerados decretos-leis (em certa medida, um embrião das atuais medidas provisórias).

Nos períodos em que o Congresso estava operante, o Presidente apenas poderia exercer a atividade legiferante "sobre matéria de segurança nacional" (artigo 30). A ressalva fica pela abstração do conceito, que permitia tratar de intermináveis matérias. Tendo sido decretado o recesso parlamentar (pelo Executivo,

evidentemente), o Presidente ficaria autorizado a legislar sobre “todas as matérias” (artigo 31, parágrafo único)¹⁹ (BRASIL, 1965).

Juntamente com os Atos Institucionais, foram editadas diversas emendas à Constituição, tornando o sistema constitucional confuso, pouco restando do original texto de 1946. Surge, então, a ideia de elaborar uma nova Constituição, a qual institucionalizaria constitucionalmente o regime. Assim, em 7 de dezembro de 1967, o Presidente Castelo Branco, através do Ato Institucional nº 4 (AI-4), convoca a nova Assembleia Constituinte (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 109).

Abra-se um parêntese para mencionar que o AI-4 não poderia deixar de repisar a competência do Presidente para legislar, falando, agora, além dos decretos-leis, em atos complementares (artigo 9º) (BRASIL, 1966).

O AI-4 disciplinava detalhadamente as funções da Assembleia Constituinte. Não fora esta que estabeleceu o seu funcionamento. O roteiro veio pronto do Executivo, inclusive o prazo para discussão e promulgação da Carta: de 12 de dezembro de 1966 até 24 de janeiro de 1967.

Conforme Sarmento e Souza Neto (2012, p. 124), a justificativa formal dada para esse módico prazo era o fato de que o Presidente Castelo Branco – que findaria seu mandato em 15 de março de 1967 – desejava transmitir o cargo ao seu sucessor, Costa e Silva, já com a nova Constituição em vigor.

Segundo o AI-4, o projeto de Constituição seria apresentado ao Congresso pelo Presidente da República (artigo 1º, §1º) e se as discussões, votações e promulgação da Constituição não se findassem no exíguo prazo fixado, o projeto enviado pelo Executivo seria tido como aprovado sem emendas do Congresso (artigo 8º).

De fato, não houve uma atividade constituinte por parte dos parlamentares, os quais estavam cerceados pelo poder revolucionário. Assim, apesar de a Constituição ter sido formalmente promulgada pela Mesa do Congresso (e assim está redigido o seu preâmbulo), em verdade houve a sua outorga. Segundo Daniel Sarmento e Souza Neto (2012, p. 110):

¹⁹ Com lastro no AI 2 foram editados 2.481 decretos-leis (1965 a 1988), conforme informa o Portal da Legislação do Planalto (BRASIL).

Sem dúvida, o prazo estabelecido era absolutamente insuficiente para que o Congresso deliberasse sobre a nova Constituição. Somando-se isto ao ambiente político existente, de ameaça permanente ao mandato dos parlamentares constituintes, bem como a prévia cassação de boa parte dos opositoristas, pode-se concluir que a Assembleia Constituinte em questão não era muito mais do que uma fachada de que se valeu o regime para evitar a outorga pura e simples da nova Constituição. Na verdade, não houve uma efetiva Assembleia Constituinte, livre e soberana, mas pouco mais que um procedimento para homologação e legitimação do texto que saíra do forno do regime militar.

Os grandes historiadores constitucionais Paulo Bonavides e Paes de Andrade (1991, p. 432) sintetizam a Assembleia Constituinte de 1966/1967 com a contundente frase: “não houve propriamente uma tarefa constituinte, mas uma farsa constituinte”.

Observam os autores que a Constituição de 1967 foi outorgada com o único desiderato de legitimar o golpe de 1964. Seu projeto foi enviado pelo Governo ao Congresso em 12 de dezembro de 1966 e, em 24 de janeiro de 1967, a Carta foi promulgada pela Mesa do Congresso, ou seja, em quarenta e três dias o Parlamento deliberou, votou e aprovou a nova Constituição. Afirmam os autores que [...] “a elaboração da Constituição de 1967 era, pois, um dos estágios do processo institucionalizador do Movimento de 1964” (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 430).

Aqui uma curiosidade: todas as Constituição brasileiras promulgadas asseveravam em seus preâmbulos que o Congresso ou Assembleia Constituinte se reuniria para organizar “um regime democrático”. Muito embora a Carta de 67 expressasse em seu preâmbulo que o “Congresso Nacional promulga a Constituição”, não se vê a expressão “democrático”.

Sabidamente ressalvam Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2017, p. 264) que, embora tenha sido votada pelo Congresso Nacional, não há que se falar que a Constituição de 1967 tenha sido promulgada. Em verdade, em face da convocação autoritária e do exíguo prazo fixado, ela foi outorgada. Ainda, lembram os ilustres autores que “[...] não é à toa que se chegou a falar, considerando o somatório dos vícios de formação e de conteúdo, no aleijão constitucional de 1967”. Assim, em meio a todas essas anomalias jurídicas e políticas, nasceu a Carta de 1967.

A Constituição de 1967 previu a repartição das funções estatais entre os três poderes, em um sistema presidencialista, porém criou grande hipertrofia ao Poder Executivo. Este podia exercer função legislativa, em casos de relevância e urgência, desde que não resultasse em aumento de despesa, através de decretos com força de lei (artigo 58). Muito embora o texto constitucional previsse que esses decretos somente poderiam tratar de segurança nacional e finanças públicas, passaram a ser utilizados para quase tudo, conforme observam Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2012, p. 111).

Consoante já se vem apresentando ao longo deste estudo, o Poder Executivo brasileiro, mesmo em momentos de normalidade, é dotado de supinos poderes, mesmo sob a égide de uma Constituição autoritária, outorgada por esse mesmo poder. Desse modo são as críticas que Oscar Dias Corrêa já fez lá em 1969:

[...] se, na prática constitucional brasileira, com poderes mais limitados, já o Executivo pode tanto, e tanto se avantajava aos outros poderes, que não será numa ordem autoritária como a que se criou com a Carta de 1967?! Tudo fará ele para que não se lhe amputem os poderes excepcionais, que recebeu, e que lhe dão prevalência incontrastável sobre os outros dois, em especial, o Legislativo, preso a limites estreitos de atuação, manietado no cumprimento das tarefas que lhe competem, transformado em mero ratificador da vontade do Executivo, homologador de seus desígnios (CORRÊA, 1969, p. 25).

Ao citar tais decretos com força de lei, importa pontuar sua irrefutável semelhança com as hodiernas medidas provisórias do texto constitucional de 1988, bem como com os decretos-leis da vetusta Constituição de 1937.

Repisa-se o já mencionado quando tratado da Constituição de 1937: causa inquietude a semelhança dos decretos-leis, ou decretos com força de lei, e as atuais medidas provisórias, sendo institutos criados e utilizados em momentos sociais e políticos tão díspares: em 1937 e 1967, Constituições outorgadas, período de exceção em que o Presidente ascendeu ao cargo sem manifestação popular direta e governava de maneira unilateral com o Parlamento aniquilado ou dissolvido. Em 1988, Constituição promulgada com grande deliberação da Assembleia Constituinte, democratização, governo representativo, Poderes Executivo e Legislativo eleitos pelo sufrágio universal e com as funções delimitadas segundo as características imanentes

de cada Poder, visando evitar (ao menos em tese) qualquer tipo de sobreposição de um ao outro. Essa temática será alvo de capítulo futuro desse estudo.

Quanto à sua estabilidade, a Constituição de 67 era rígida, prevendo um procedimento especial para manifestação do Poder Constituinte derivado (artigo 50), inclusive com a previsão de cláusula pétrea e de restrição circunstancial (artigo 50, § 1º e 2º). Todavia, tais regras não frearam o regime, que se utilizou livremente de expedientes escusos para inovar as regras constitucionais. Como afirmam Sarmento e Souza Neto (2012, p. 112):

Quando o regime quis alterar a Carta de 67, fê-lo sem nenhuma cerimônia, recorrendo ao odioso expediente da edição de atos institucionais: foram impostos outros 12 atos institucionais até o advento da Constituição de 1969, além de inúmeros atos complementares, que também repercutiram sobre a Carta.

Paradoxalmente, a Carta de 1967 previa uma série de direitos e garantias, inclusive possuía um capítulo intitulado “Dos Direitos e Garantia Fundamentais” (artigo 150). Seu artigo 1º, § 1º dispunha que “Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido” (BRASIL, 1967). Contudo, como lecionam Bonavides e Andrade (1991), tratam-se de “[...] expressões ocas, divorciadas da realidade”, mera formalidade, com o fim de maquiar a realidade brasileira frente à comunidade internacional.

Ao compulsar o artigo 150 da Carta de 67, depara-se com um generoso catálogo de direitos e garantias individuais. Estão presentes todos da Constituição de 1946 (artigo 141) e mais alguns, sendo a grande maioria com idêntica redação na futura Constituição Cidadã de 1988. Contudo, na prática, tratava-se de letra morta, sem nenhuma (ou quase nenhuma) aplicabilidade na realidade.

O referido artigo 150 é considerado o mais insincero da Constituição de 1967. Os direitos ali assegurados eram desrespeitados pelo poder despótico sem a mínima timidez. Trata-se de um típico caso de Constituição semântica²⁰, na

²⁰ Segundo Luiz Pinto Bandeira (1999, p. 13), quanto à correspondência com a realidade, as constituições podem ser classificadas como: a) normativas, na qual há efetiva limitação ao poder e correspondência entre o texto e a realidade; b) nominalistas, onde não há correspondência entre o texto e a realidade, porém se busca isso, mas sem sucesso; e c) semânticas, que são aquelas em que há desconformidade entre o texto e a realidade e não se tem a pretensão de mudar isso. Servem como mero instrumento de legitimação dos detentores do poder.

classificação proposta pelo professor Pinto Bandeira (1999, p. 13), que leva em conta a correspondência com a realidade, ou seja, não possui correlação entre seu texto e a realidade, tão pouco aspira chegar nisso. Em verdade, serve apenas para conferir legitimidade aos detentores do poder.

Ferdinand Lassalle (2006) diria que a Carta de 1967 – díspar que era dos fatores reais de poder – não passaria de uma “folha de papel”.

A Constituição de 67 era muito conveniente aos detentores do poder, pois, em larga medida, legitimava constitucionalmente muitas de suas ações. Basta observar que a Carta contém inúmeras expressões abstratas, que se prestam a inúmeras circunstâncias. A mais recorrente é “segurança nacional”, a qual aparece mais de uma dezena de vezes no texto, inclusive tendo um capítulo próprio (artigo 89), e foi usada desmedidamente pelos militares como motivação para os seus atos.

A Carta também era conveniente para justificar até mesmo o seu descumprimento, pois conferia exacerbados poderes ao Executivo e este, com base nos citados conceitos vagos, cerceava direitos por ela assegurados. Essa conclusão parece trazer uma antinomia constitucional, mas não. Ilustrando, lastreado na segurança nacional, o Presidente legislava por meio de decretos-leis (artigo 58, I) e restringia direitos individuais.

Na toada no apresentado, o admirável e saudoso Pontes de Miranda (1987, p. 15-16) afirma que “nada mais perigoso do que fazer-se uma Constituição sem o propósito de cumpri-la. Ou de só se cumprirem os preceitos de que se precisa, ou que se entende devam ser cumpridos – o que é pior”.

Em 13 de dezembro de 1968, foi aprovado o famigerado Ato Institucional nº 5 (o AI-5), que permitia que o Presidente decretasse o recesso do Poder Legislativo e avocasse toda a atividade legislativa, bem como suspendia as garantias da magistratura e permitia que o Presidente demitisse, removesse ou colocasse em disposição os magistrados. Na mesma data, foi expedido o Ato Complementar²¹ nº 38, determinando o recesso do Congresso Nacional.

²¹ Atos Complementares eram instrumentos legislativos pelos quais os Presidentes regulamentavam matérias previstas nos Atos Institucionais (artigo 9º do AI-5).

Cotejando o texto do Ato Institucional nº 5 com o texto da Constituição de 1824, no que se refere ao Poder Moderador do Imperador, é notável que aquele previa mais poderes exorbitante ao Presidente, do que esta ao Imperador.

À guisa de comparação, citam-se os poderes conferidos ao Presidente, que não o eram ao Imperador: possibilidade de caçar direitos políticos de quaisquer cidadãos; legislar sobre qualquer matéria; decretar o recesso de todos os Poderes Legislativos (o Poder Moderador permitia o Imperador dissolver a Câmara dos Deputados apenas para salvação do Estado, devendo convocar outra imediatamente); exclusão da apreciação judicial a aplicação de medidas de segurança, bem como qualquer ato praticado de acordo com o AI-5, entre outros.

Em 1969, o Presidente militar, Artur da Costa e Silva, foi acometido por graves problemas de saúde, o que lhe impossibilitou permanecer à frente da Nação. Segundo narra André Ramos Tavares (2017), o alto comando militar não desejava que o vice-presidente, Pedro Aleixo, assumisse a presidência, então expediram o Ato Institucional nº 12, o qual atribuía as funções presidenciais aos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar (Junta Governativa Provisória).

Antes que novas eleições fossem realizadas, a Junta Provisória outorgou²² a Emenda Constitucional nº 01, em 17 de outubro de 1969.

Convém destacar que, muito embora, formalmente, a Emenda Constitucional nº 01 tenha sido editada como uma emenda à Constituição de 1967, materialmente tratava-se de uma nova Constituição, haja vista ter operado a alteração integral da Carta de 67. Assim, por mais bizarro que possa parecer, o Brasil teve uma Constituição outorgada por meio de uma Emenda à Constituição.

Os Comandantes das Armas invocaram o Poder Constituinte para outorgar a Carta de 1969 com fundamento na tese de que o AI-05 previa que, durante o recesso parlamentar, a competência para emendar a Constituição seria do Presidente da República²³, função que estavam exercendo (outra discrepância jurídica e política).

²² O preâmbulo da Emenda Constitucional afirma que a Junta Provisória estaria promulgando-a, em verdade, tecnicamente falando, houve outorga e não promulgação.

²³ “Art. 1º [...] § 1º - Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios”.

Com efeito, o Poder Executivo exerceu o Poder Constituinte Reformador e buscou fundamento de validade para o seu exercício não na Constituição a ser modificada, mas, sim, nos Atos Institucionais por ele editado. Dessa direção é irreparável a análise feita por Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2017, p. 115):

É que as emendas, como emanção de um poder constituinte derivado, têm o seu fundamento na própria Constituição que modificam. Porém, a assim chamada Emenda nº 1 não foi outorgada com fundamento na Constituição de 1967, mas, sim, com base no suposto poder constituinte originário da “Revolução vitoriosa”, que se corporificava, mas não se exauria, nos atos institucionais editados pelos militares.

Além do exercício aberrante do Poder Constituinte pela Presidência da República nesse período, é digna de destaque a maneira como o Poder Legislativo era conduzido pelo Executivo.

Ilustrando o afirmado, com arrimo no AI-5 (artigo 2º e 9º), em 13 de dezembro de 1968 (mesma data do AI-5), o Presidente decretou o recesso do Congresso Nacional através do Ato Complementar nº 38. Em 15 de outubro de 1969, a Junta Provisória decretou a suspensão do recesso do Congresso (Ato Complementar nº 72), porém, com eficácia a partir de 22 de outubro do mesmo ano, ou seja, após a edição da Carta de 1969, que se deu em 17 de outubro de 1969²⁴.

Nesse cenário de neutralização do Poder Legislativo e de autoritarismo do Executivo, emerge a Carta de 1969, vindo a “constitucionalizar” o estado de exceção.

A Carta Política de 1969 manteve os exorbitantes poderes do Presidente criados pelo AI-5 (maiores até mesmo que o Poder Moderador), na medida em que declarou a validade e vigência de todos os Atos Institucionais, bem como de todos os atos praticados pelo “Comando Supremo da Revolução Vitoriosa de 1964” (artigos 181 e 182).

²⁴ Na história brasileira o Poder Legislativo foi dissolvido dezoito vezes: doze vezes no período imperial, uma vez na República da Espada (1891), duas vezes na Era Vargas (1932 e 1937) e três vezes nos Governos Militares (1966, 1968 e 1977).

Segundo afirma o professor André Ramos Tavares (2017), a intensão dos militares era dar fim ao paradoxo de duas ordens vigentes, a saber, a Constituição de 1967 e os Atos Institucionais.

Conclui Celso Ribeiro Bastos (2001, p. 219):

Ao mesmo tempo que se desprezava o direito constitucional — porque tudo no fundo brotava de atos cujo fundamento último era o exercício sem limites do poder pelos militares — não se descurava, contudo, de procurar uma aparência de legitimidade pela invocação de dispositivos legais que estariam a embasar estas emanações de força.

A Emenda Constitucional nº 01, como não poderia se esperar de forma diversa, manteve a possibilidade de o Presidente exercer função legislativa através de decretos-leis (artigo 55), ampliando o rol de matérias e mantendo a abstrata “segurança nacional”, que, como dito quando da análise da Constituição de 1967, por ser um conceito dotado de ampla vaguidade, facultava ao Presidente legislar sobre as mais variadas matérias.

Sobre o exercício incomensurável das funções Legislativas pelo Executivo, percuciente é a conclusão feita pelo memorável Pontes de Mirante (1987) ao afirmar que tratava-se de um momento em que não havia mais distinção entre o ato político e o ato legislativo, ou seja, “[...] quando o ato político já é lei, no sentido de que não havia mais o rito do Poder Legislativo em transformar o ato político em ato legislativo, consubstanciando um governo autocrático” (MIRANDA, 1987, p. 451).

Destaca-se que o texto constitucional de 1967 e de 1969, que versava sobre os decretos-leis, muito se assemelha ao texto de 1988, que trata das medidas provisórias. Repisa-se o já dito sobre a semelhança destas com aqueles, apesar de momentos constituintes díspares.

Ao findar esse tópico é de dever concluir ser evidente que, como no período de Estado Novo, em especial a partir da edição do AI-5, bem como da Constituição de 1969, não há mais que se falar em sistema de governo, mas, sim, em regime ditatorial.

Em verdade, o regime ditatorial já se dava desde 1964, porém, ainda, em certa medida, dissimulado, com o Poder Legislativo operante (ao menos formalmente), os poderes do Presidente militar um pouco mais balizados, dando ares

de sistema presidencialista. A partir do AI-5, o regime de exceção erige-se em sua plenitude.

3.4.7 Constituição de 1988 – A chegada da Constituição Cidadã

Nos governos dos dois últimos presidentes militares – Ernesto Geisel e João Baptista Figueiredo – foi se construindo a redemocratização.

Conforme André Ramos Tavares (2017), o marco do processo de abertura política para democracia deu-se em 13 de outubro 1978, durante o governo de Geisel, quando foi editada a Emenda Constitucional nº 11, revogando todos os Atos Institucionais e Atos Complementares que contrariassem a Constituição.

A redação do dispositivo ainda era bastante tímida, já que mantinha a autoritária prática de excluir da apreciação judiciária efeitos dos atos praticados com bases neles²⁵. Convém a transcrição: “Art. 3º - São revogados os Atos institucionais e complementares, no que contrariarem a Constituição Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com bases neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial” (BRASIL, 1978).

Destaca-se que a prática legislativa pelo Executivo não se ultimava, pois o Presidente ainda tinha à sua disposição os decretos-leis, que foram expedidos até a vigência da Constituição de 1988.

Nessa toada de arrefecimento do regime, o Presidente Figueiredo, em 1979, aprovou a Lei da Anistia (Lei n. 6.683/1979), remetindo os condenados por crimes políticos e permitindo o retorno ao país de inúmeras pessoas que haviam se exilado ou fugido. No mesmo ano, foi aprovada a Lei n. 6.767/79 que alterou substancialmente a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei n. 5.682/71), pondo fim ao bipartidarismo que vigeu durante o regime e possibilitou a reorganização partidária sob bases pluralistas e mais democráticas. Observam Sarmento e Souza Neto (2012, p. 118) que a alteração na Lei Orgânica dos Partidos Políticos “[...] encerrou o bipartidarismo brasileiro, permitindo a formação de alguns dos principais partidos que

²⁵ Os governos militares expediram um total de dezessete Atos Institucionais, sendo o primeiro em 1964 e o último em 1969.

ainda hoje ocupam o cenário político nacional, como o PT, o PMDB, o PDT e o PTB. Na base de sustentação do governo, a ARENA foi sucedida pelo PDS”.

No ano de 1983, inicia-se um grande movimento popular no país em busca das eleições diretas para o sucessor de João Figueiredo, o tão aclamado “Diretas-Já”.

Constitucionalmente falando, o movimento buscava a alteração do texto da Carta de 1969, que previa que a eleição do Presidente da República dar-se-ia de forma indireta, através do Colégio Eleitoral. Pela peculiaridade, vale a transcrição:

Art. 74. O Presidente será eleito, entre os brasileiros maiores de trinta e cinco anos e no exercício dos direitos políticos, pelo sufrágio de um colégio eleitoral, e sessão pública e mediante votação nominal.

§ 1º **O colégio eleitoral será composto dos membros do Congresso Nacional e de delegados das Assembleias Legislativas dos Estados.**

§ 2º Cada Assembleia indicará três delegados, dentre seus membros, e mais um por quinhentos mil eleitores inscritos no Estado, não podendo nenhuma representação ter menos de quatro delegados. (BRASIL, 1969, grifo nosso).

Apesar da sua grandiosidade, o movimento popular Diretas-Já, não teve o condão de persuadir o Congresso a emendar a Constituição para que as eleições de 1985 já fossem diretas, sendo essas mais uma vez indiretas. Contudo, as manifestações populares impingiram o Colégio Eleitoral a eleger o candidato de oposição dos militares, Tancredo Neves.

Tancredo Neves adoecer gravemente antes de assumir e falece, vindo a sucedê-lo seu vice-presidente, José Sarney. Assim, com o fim dos governos militares e a eleição do candidato opositor ao regime para Presidente, inicia-se o processo para elaboração de uma nova Constituição.

Em julho de 1985, o Presidente José Sarney encaminha para o Congresso uma Proposta de Emenda Constitucional, conferindo atribuição ao Congresso Nacional para se reunir a partir de 1º de fevereiro de 1987 para elaborar uma nova Constituição, a qual foi promulgada com a seguinte redação:

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 26. As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional: Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional. Art. 2º. O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembleia Nacional

Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente. Art. 3º A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembleia Nacional Constituinte. [...] (BRASIL, 1985).

Os professores Daniel Sarmiento e Souza Neto (2012, p. 127) lembram que a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, composta por parlamentares eleitos para legislatura ordinária, foi alvo de severas críticas. Parte da sociedade, em especial os setores mais progressistas, desejava que a Assembleia Constituinte fosse convocada exclusivamente para elaboração de uma nova Constituição e depois fosse dissolvida.

Nesse ponto é interessante trazer à baila o escólio de Paulo Bonavides e Paes de Andrade (1991), que lembram que a boa doutrina constitucional indica que as Assembleias Constituintes sejam formadas exclusivamente para elaboração do novo texto constitucional e, após encerrado o digno e soberano mister, sejam dissolvidas. Contudo, o histórico constitucional do Brasil adotou a prática aberrante de conferir, aos constituintes soberanos, simultânea e sucessiva função de legisladores ordinários. Ressaltam os autores que só houve uma Constituinte que seguiu as orientações da doutrina constitucional: a de 1933/1934. Esta se dissolveu tão logo findou os seus trabalhos e, no espaço de tempo entre o seu fim e a instalação do novo Congresso, o Presidente da República pode expedir decretos com força de lei.

Também foi alvo de censura a presença de Senadores que haviam sido eleitos em 1982 e permaneceriam no cargo até 1990 (mandato de oito anos), sob o argumento de que o povo não os teria elegido para elaborar uma nova Constituição (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012).

Os professores Paulo Bonavides e Paes Andrade (1992, p. 489) acrescentam à crítica a presença dos senadores na Assembleia Constituinte, haja vista estes terem sido eleitos representando as unidades federativas, o que pressupõe um compromisso originário com o Estado que os elegeram, diminuindo a representação popular em face da formação paritária do Senado Nacional.

O Presidente José Sarney também nomeou uma comissão, denominada Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, composta por cinquenta estudiosos

e presidida por Afonso Arinos de Mello Franco, incumbida de desenvolver um anteprojeto de Constituição.

A designação de uma comissão de estudo constitucional pelo Presidente também rendeu críticas por aqueles que buscavam uma nova Constituição livre dos excessivos poderes do Executivo vividos no regime anterior. Alegavam os malcontentes que não caberia esse protagonismo na Constituinte (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 127).

Nesse ponto convém abrir um parêntese para citar que, até os dias de hoje, se aventa que nos trabalhos de construção da Constituição de 1988, negociações foram celebradas com as forças do regime anterior. Nesse norte, sábios são as palavras de Daniel Sarmento e Souza Neto (2012, p. 127), as quais merecem transcrição:

O modelo adotado parece ter resultado de um compromisso com as forças do regime autoritário, travado ainda antes do óbito de Tancredo Neves, pois ditas forças temiam que uma Assembleia Constituinte exclusiva pudesse resvalar para o “radicalismo”, ou até para o “revanchismo” contra os militares — leia-se, a sua responsabilização pelas gravíssimas violações de direitos humanos perpetradas durante a ditadura, como já estava então ocorrendo na Argentina.

O anteprojeto, elaborado pela comissão de Afonso Arinos, previa o sistema parlamentarista de governo, tendo o Presidente da República como chefe de Estado (artigo 229) e o Presidente do Conselho de Ministros como chefe de Governo (artigo 239). À guisa de ilustração:

Art. 239 – Compete ao Presidente do Conselho: I – exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal; II – elaborar planos e programas nacionais e regionais de desenvolvimento, para serem submetidos ao Congresso Nacional, pelo Presidente da República; III – submeter à apreciação do Presidente da República, para serem nomeados ou exonerados por decreto, os nomes dos Ministros de Estado, ou solicitar a sua exoneração; IV – nomear e exonerar secretários e subsecretários de Estado; V – expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis; [...] (BRAISL, 1986).

Contudo, como observam Bonavides e Andrade (1991, p. 490), o conteúdo do anteprojeto de Afonso Arinos não agradou o Presidente – sobretudo a previsão do sistema parlamentarista. José Sarney não tinha a intenção de ver seus poderes de

chefe de Governo serem transferidos para o Primeiro Ministro, então deixou de encaminhar o anteprojeto para a Constituinte.

Porém, haja vista a ampla divulgação que teve o texto e a eleição de Afonso Arinos como Senador em 1986, o anteprojeto exerceu grande influência nos trabalhos de elaboração da nova Constituição, como narram Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2017, p. 266):

O texto que resultou dos trabalhos da Comissão era analítico (436 artigos no corpo permanente), revelando um tom progressista, comprometido com uma noção de Estado Social e Democrático de Direito, e propunha a adoção do sistema parlamentarista de governo, o que, segundo consta, acabou influenciando na decisão do Presidente Sarney no sentido de não enviar o anteprojeto à Constituinte, o que, todavia, considerando a divulgação e repercussão do anteprojeto “Afonso Arinos”, não impediu que viesse a influenciar de maneira decisiva, em diversos aspectos, o processo de elaboração da Constituição Federal de 1988.

Compulsando os Anais da Assembleia Constituinte (BRASIL, 1987; 1988) infere-se que a implantação do sistema parlamentarista no Brasil, nos termos do anteprojeto de Afonso Arinos, foi tema de relevantes discussões na Constituinte, sempre com a resistência do Presidente José Sarney, sendo que este era apoiado pelos militares.

A Constituinte foi composta de várias comissões²⁶, a fim de garantir efetiva participação na elaboração do texto a todos os membros. Após as aprovações das Comissões Temáticas, o texto foi para Comissão de Sistematização, presidida por Afonso Arinos. Esta Comissão seria a última antes de deliberação e votação final no plenário (BRASIL, 1987; 1988).

As negociações entre as lideranças partidárias progressistas e conservadoras foram uma constante durante as deliberações de votações do Plenário. Negociações essas com aberrante intenção de proteger e garantir interesses particulares. Nesse contexto surge a figura até hoje conhecida do “Centrão”, bloco conservador interpartidário. Paulo Bonavides e Paes Andrade (1991, p. 472), narrando

²⁶ Oito comissões temáticas, cada uma com três subcomissões. As vinte e quatro subcomissões entregariam seus trabalhos às comissões que estavam vinculadas. Estas, elaborariam seus projetos e os enviaria para a Comissão de Sistematização e, esta, para o Plenário e, por fim, à Comissão de Redação (BRASIL).

a história constitucional do Brasil, comentam os *lobbies* que ocorreram durante a constituinte:

A ação partidária foi substituída pela movimentação dos grupos e a imprensa acusou a organização de *lobbies* de interesses os mais variados (o *lobby* santo, da Igreja Católica; o *lobby* evangélico, das várias ramificações protestantes; o *lobby* dos prefeitos, dos governadores, das multinacionais, das mulheres, dos cartórios, dos serviços públicos, etc.), como influenciadores ou deformadores da vontade da Constituinte.

Daniel Sarmiento e Souza Neto (2012, p. 134) apontam que as primeiras negociações já se deram nas votações referentes ao texto do preâmbulo:

Foi preciso estabelecer-se um acordo político sobre o Preâmbulo, que envolveu a inclusão de alusão à participação direta do povo no exercício da soberania popular — menção que os conservadores preferiam evitar. A partir daí, surgiu a praxe de entabulação de negociações prévias, conduzidas pelos líderes partidários sob o comando de Ulysses Guimarães, buscando acordos sobre os textos-base antes das votações, deixando para a disputa apenas os pontos em que não houvesse conciliação possível.

O Projeto de Constituição (BRASIL, 1987), votado e aprovado pela Comissão de Sistematização e enviado para o plenário da Assembleia Constituinte, previa o parlamentarismo como sistema de governo, tendo o Presidente da República como chefe de Estado e o Primeiro Ministro como chefe de Governo:

Art. 151 - O Presidente da República é o Chefe de Estado e o Comandante Supremo das Forças Armadas, garantindo a unidade, a independência e o livre exercício das instituições nacionais.

Art. 164 - o Governo é constituído pelo Primeiro-Ministro e pelos integrantes do Conselho de Ministros (BRASIL, 1987).

No Plenário, através de influência do chefe do Executivo e com apoio do Centrão, foi aprovada uma emenda ao texto e definiu-se o presidencialismo como sistema de governo.

A definição do sistema presidencialista e a definição do período de mandato de Presidente foram temas de muitas discussões e negociações, algumas escusas. Como já pontuado, as transações foram uma constante da Assembleia Constituinte e

o então Presidente José Sarney teve participação ativa em várias dessas entabulações, algumas, como cita a renomada doutrina, ao arrepio da lei:

Em 22 de março de 1988, ainda durante o 1º turno, ocorreu uma das mais importantes reviravoltas da Constituinte, com a aprovação, por 344 votos a 212, da emenda presidencialista, com o apoio do Centrão em aliança com as bancadas do PT e do PDT. Outra decisão polêmica, adotada em 2 de junho de 1988, foi relativa ao mandato de José Sarney, fixado em 5 anos, por 328 votos contra 222, como pretendia o então Presidente da República. Essa última votação ocorreu em meio a graves denúncias de que os votos estariam sendo cabalados pelo Executivo por meio do oferecimento de vantagens indevidas aos congressistas, notadamente a distribuição de concessões de rádio e televisão (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 135).

A fim de sanar os impasses entre constituintes parlamentaristas e presidencialistas, optou-se por prever um plebiscito a ser realizado em 1993, cinco anos após a promulgação da Constituição, para que o povo definisse o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que deveria vigorar no país. No mesmo ato, o eleitorado deveria optar pela forma de governo, república ou monarquia (artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). O resultado das urnas ratificou o modelo esculpido pelo constituinte originário de 1988, o qual se encontra vigente até os dias atuais: república presidencialista²⁷.

O regime presidencialista da Carta de 1988, como de praxe constitucional, assegurou altivos poderes ao Presidente da República. Este, mesmo atuando dentro das margens constitucionais, já se encontra em supremacia frente ao demais poderes, em especial o Legislativo.

A Constituição assegura forte influência do Presidente no processo legislativo, inclusive prevendo o trancamento da pauta do Congresso quando projetos de leis enviados pelo Executivo não são apreciados em determinado prazo. Em outras palavras, o Executivo define a agenda do Legislativo²⁸.

²⁷ A análise de votos se deu da seguinte forma:

República: 66,06%; Monarquia: 10,21%; brancos: 10,49% e nulos: 24,65%.

Presidencialismo: 55,45%; Parlamentarismo: 24,65%; brancos: 5,17% e nulos: 14,73%.

Não compareceram às urnas: 25% do eleitorado (Fonte: Tribunal Superior Eleitoral).

²⁸ “Art. 64 [...] § 1º - O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa. § 2º Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-

Além da faculdade de definir a agenda legislativa, o Presidente pode ele mesmo legislar, através de Medidas Provisórias (*mutatis mutandis*, os decretos-leis de outrora), com força de lei de imediato e com possibilidade de trancamento da pauta do Congresso para sua apreciação (artigo 62)²⁹.

A Constituição de 1988 reforçou os poderes do Executivo através da ampliação da iniciativa de leis, sendo algumas matérias de iniciativa privativa do Executivo, como: fixação de limite de tempo para apreciação de projetos de iniciativa do Presidente; possibilidade de delegação legislativa; restrição a emendas dos projetos governamentais e faculdade ao Presidente de exercer função legislativa através de medidas provisórias (CAVALCANTI; BRITO; BALEEIRO, 2018).

3.5 O FENÔMENO DO HIPERPRESIDENCIALISMO

Nesse tópico, tratar-se-á sobre as causas e consequências primeiro da imobilidade do sistema e, posteriormente, do empoderamento do Presidente da República.

3.5.1 A imobilidade e ineficiência do sistema

O sistema presidencialista tem como nota diferenciadora do parlamentarista a hermética divisão entre os poderes Legislativo e Executivo, bem como a irresponsabilidade deste para com aquele. Corolário dessas duas características, garante-se ao Presidente um mandato fixo, intangível (salvo casos de crime de responsabilidade).

Indubitavelmente que o sistema presidencialista segue com afinco as lições de Montesquieu no que tange à divisão dos Poderes (muito mais do que o parlamentarismo), contudo, na prática, isso traz intrincados problemas.

se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação” (BRASIL, 1988).

²⁹ “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional” (BRASIL, 1988).

Como não existe dependência entre o Legislativo e Executivo, as eleições para escolha do Presidente e dos membros do Parlamento são completamente distintas. A eleição de um não reflete em nada na escolha do outro. Com efeito, é comum (muito comum) que as vontades, as ideologias, do Parlamento e do Presidente sejam opostas.

Tem-se, então, um governo dividido.

Nesse cenário, as faculdades de estatuir e de impedir presentes no sistema de freio e contrapesos – característico da teoria da tripla divisão de poderes – imobilizam o governo.

Como os dois Poderes possuem poder de veto, ou seja, poder de bloquear o processo legislativo, a política de governo fica ao alvedrio das vontades dos membros do Parlamento e do Presidente, em detrimento do interesse público.

Esboçando, o Presidente tem poder de vetar os projetos de lei produzidos pelo Legislativo. Este, por sua vez, tem a faculdade de não aprovar a legislação de interesse daquele. Implanta-se uma disputa de forças políticas.

A consequência é um governo paralisado e ineficiente, no qual a política de governo não é levada a cabo em face da falta de harmonia entre os Poderes Executivo e Legislativo, sendo responsável, segundo Ronaldo Bastos (2020, p. 43) “[...] por uma quantidade infindável de conflitos, como a falta de apoio legislativo à agenda do governo, a rotação do cargo presidencial e o desincentivo à formação de coalizões”.

Vê-se aqui – pragmaticamente falando – uma peculiaridade do presidencialismo que não ocorrerá no parlamentarismo, pois neste o chefe de governo, ou seja, o condutor da política, tem a maioria do Parlamento, já que por ele é escolhido, e permanece no cargo enquanto tiver a sua confiança. Logo, não há vontade opostas entre os dois Poderes.

Faz-se um aparte aqui para lembrar o já dito nessa obra que, nesse contexto de oposição parlamentar, uma saída para o Presidente lograr êxito em conduzir sua política de governo é a formação de coalizões com o Parlamento, muitas das vezes mediante a troca de favores escusos que visam interesses particulares em detrimento do público. Desenvolvendo o denominado Presidencialismo de Coalizão, típico no Brasil, conforme tratado em tópico anterior.

Assim, o sistema de controle mútuo entre os poderes – o *checks and balance system* – que tem por escopo manter a autonomia, independência dos poderes, por via transversa, imobiliza o chefe de Governo quando este não tem a maioria dos membros do parlamento.

Nessa perspectiva é a fala de Gabriel Negretto (2003, p. 50):

En otras palabras, la diversidad de preferencias e incentivos electorales de los distintos actores con poder de veto podría llevar, en un modelo de frenos y contrapesos, a bloquear la legislación que demandan los representantes de una mayoría de la población, o bien a producir cambios que, más que representar un punto intermedio entre posiciones políticas extremas, reflejen más bien un compromiso basado en concesiones mutuas de carácter sectorial.

Segundo Ronaldo Bastos (2020), a fragmentação partidária é um fator que contribui sobremaneira para esse quadro. Havendo um parlamento com múltiplas frentes partidárias e, portanto, com vontades e ideologias das mais diversas, é difícil o Presidente conseguir obter apoio político – legitimamente, frisa-se – da maioria.

A imobilidade do Presidente na condução das políticas de governo gera ineficiência na gestão pública e dispêndio de recursos públicos. Dessa forma afiança Gabriel Negretto (2003, p. 53-54) ao tratar sobre a ingovernabilidade dos regimes presidencialistas em face da divergência de interesses entre o chefe do Poder Executivo e o Parlamento:

Cuando se habla de “ingobernabilidad” de los regímenes presidenciales, se tienen por lo general en mente las dilaciones, el dispendio de recursos y finalmente la parálisis legislativa a que puede conducir un régimen presidencial en una situación de gobierno dividido. Toda vez que actores con intereses divergentes controlan instituciones separadas con poder de veto, se elevan notablemente los costos de negociación, tanto para adoptar decisiones en general como para producir cambios legislativos en particular. Los costos de negociación son altos en primer lugar en materia de tiempo, porque el poder de veto de los distintos actores permite a estos últimos imponer retrasos y suspender negociaciones con el fin de forzar a los otros a aceptar sus propuestas o a hacer concesiones.[...]En segundo lugar, son altos los costos de negociación en materia de recursos utilizados por quienes prefieren una nueva legislación al status quo, y necesitan compensar a los potenciales perdedores con concesiones particulares que les hagan más atractivo el acuerdo que la ruptura definitiva de las negociaciones.

Nesse contexto de paralisia do governo, criaram-se mecanismos para dar maior autonomia e independência ao chefe do Executivo, muitas das vezes gerando desenhos constitucionais hiperpresidencialistas.

3.5.2 O empoderamento do Presidente

O regime presidencialista é, por natureza, forte (para alguns, forte em demasia). Como já tratado alhures, parte dos estudiosos políticos chegam a nominá-lo de ditadura temporária, haja vista a irresponsabilidade do Presidente para com o Parlamento e a impossibilidade de sua deposição por má condução da política. Aliado a esse cenário, pode ocorrer que as funções dos Poderes não sejam divididas de maneira equânime.

Ronaldo Bastos (2020, p. 42-43) assevera que, no sistema presidencialista, quando os Poderes Executivo e Legislativo não estão afinados na condução das questões políticas do Estado, cria-se uma paralisia do governo. Isso se dá em razão de ser “[...] relativamente comum que tenhamos como resultado das eleições partidos e atores com preferências políticas opostas que controlam as diversas instâncias de veto, de modo a dificultar a condução de uma agenda política coerente”.

O mesmo autor apregoa que é reverberante o discurso de que, no constitucionalismo latino-americano, a causa da paralisia do Presidente em levar a cabo sua política de governo – em um contexto de oposição majoritária no Parlamento – é decorrente do sistema de freio e contrapesos nos moldes que foi desenvolvido pelos presidencialistas norte-americanos. Assim, em que pese praticamente todas as Constituições latino-americanas terem adotado o sistema de governo desenvolvido pelos constitucionalistas da Filadélfia, nenhuma delas o reproduziu na inteireza, tendo a grande parte previsto dispositivos constitucionais que conferem poderes legislativos ao chefe do Executivo.

Por sua vez, Negretto (2003, p. 53) bem observa que essa pecha do sistema presidencialista ocorre tanto nos Estados Unidos quanto nos países da América Latina, contudo, faz uma ressalva importante:

*Ejemplos ilustrativos de estos problemas han ocurrido frecuentemente en los Estados Unidos en materia de presupuesto, control de la burocracia o poderes de guerra y conducción de relaciones internacionales, en donde la existencia de una jurisdicción compartida ha llevado a una competencia permanente entre presidente y Congreso, resuelta muchas veces por medio de decisiones unilaterales de uno y otro. **Los ejemplos más dramáticos en esta materia, sin embargo, suelen tener a las democracias latinoamericanas como escenario, pues es en ellas donde se argumenta que los presidentes echan mano de sus poderes de emergencia, facultades reglamentarias y poderes de decreto para adoptar unilateralmente decisiones que carecen de suficiente apoyo en la Legislatura** (grifo nosso).*

Assim, a fim de minimizar o imobilismo político que o sistema presidencialista oferece, alguns sistemas constitucionais (onde se insere o Brasil) instrumentalizaram o chefe do Poder Executivo com competências que tradicionalmente – consoante a teoria clássica de divisão dos poderes – foram do legislativo. Nessa direção é o escólio de Negretto (2003, p. 56):

*En gran medida como respuesta a los problemas generados por la ineficacia del modelo tradicional de frenos y contrapesos, varias de las constituciones actuales de América Latina se han apartado de dicho modelo en dos aspectos centrales: por un lado, evitando que surjan gobiernos divididos con representación de distintos intereses en la presidencia y el Congreso; por otro, **otorgando al presidente fuertes poderes para promover cambios legislativos, aun en ausencia de un apoyo legislativo mayoritario** (grifo nosso).*

Por conseguinte, esse aparelhamento do chefe do Poder Executivo em detrimento do Poder Legislativo, visando minimizar o imobilismo governamental, cria o fenômeno do hiperpresidencialismo. Tornando o Poder Executivo um poder com prerrogativas que ultrapassam as dos demais poderes, em especial as do Legislativo, o Presidente passa a dispor de instrumentos (constitucionalizados) que o permitem exercer funções típicas dos outros Poderes.

Salutar fazer um aparte para dizer que é razoável inferir que o desenvolvimento do sistema de governo presidencialista norte-americano sofreu influência do sentimento de aversão dos constitucionalistas da Filadélfia à monarquia absolutista inglesa (que, nesse momento, já era uma monarquia parlamentarista). Com efeito, a fim de afastar qualquer tipo de concentração de poderes nas mãos de

uma só pessoa, o sistema foi desenvolvido com rígida divisão das funções e severo sistema de freios e contrapesos.

Nesse cenário, quando o Poder Executivo é empoderado de maneira a imiscuir-se nas funções dos demais poderes, surge o fenômeno cunhado pelo jurista argentino Roberto Gargarella (2014) de hiperpresidencialismo.

Gargarella (2014, p. 270-271), em sua obra "*La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina*", assevera que as constituições promulgadas na América Latina, após o período ditatorial, buscaram restabelecer a democracia, trazendo vasto rol de direitos e garantias fundamentais. Contudo, essas mesmas constituições mantiveram a estrutura de poder com ênfase no Executivo, concentrando amplos poderes nas mãos do Presidente, caracterizando o hiperpresidencialismo.

O hiperpresidencialismo é uma mutação do sistema presidencialista original, o norte-americano, experimentado pelo constitucionalismo latino-americano. Nesse caminho é a fala do professor Ronaldo Bastos (2020, p. 02):

O presidencialismo americano se tornou hiperpresidencialismo latino-americano [...]. Como perspectiva geral, desenhos hiperpresidencialistas indicam que os Presidentes da República possuem prerrogativas institucionais superiores às conferidas originalmente aos Presidentes dos Estados Unidos e, mais especificamente, aos correlatos Poderes Legislativo e Judiciário dos próprios países onde se encontra.

Essa concentração de poderes nas mãos do Presidente pode ser vista sob um prisma otimista, de busca de maior eficiência do governo nas soluções das lides sociais cada vez mais dinâmicas e variadas, dotando o Executivo de meios para implementar a política de governo independentemente da deliberação (morosa) do Legislativo. Sob outra perspectiva, com um olhar mais crítico (quijá realista), não se pode descuidar que as Constituições, democráticas, latino-americanas, que criaram sistemas hiperpresidencialistas, emergiram após períodos ditatoriais, logo, é de se inferir que o contexto constitucional de poderes excessivos nas mãos do Presidente sob a égide de Constituições democráticas é resquício dos poderes autoritários do Executivo em momentos despóticos.

O professor Gustavo Rene Nicolau (2009), em juízo crítico, assevera que a transplantação de um sistema de uma nação para outra, em regra, dá-se de maneira defeituosa. Apresenta, como exemplo, o federalismo brasileiro inspirado nos Estados Unidos, o qual, diferentemente do Brasil, é altamente centralizado na União, restando poucas atribuições aos demais entes federados, quase um Estado Unitário. De igual sorte é o sistema presidencialista, o qual conferiu exacerbados poderes ao chefe do Executivo.

Já Sérgio Resende de Barros (2002, p. 285) tece sua crítica ao sistema de governo brasileiro afirmando que os exacerbados poderes conferidos ao Presidente desfiguraram o presidencialismo criando o que prefere denominar de “presidentismo”. Digno de transcrição:

Em verdade, não temos presidencialismo, mas, sim, **presidentismo**, pois – em virtude do exagero de poderes inseridos na competência do Executivo – não temos um “presidente da república”, mas uma “república do presidente”. Essa é uma das causas dos males que afligem o Estado brasileiro, repercutindo não só nas relações entre o Legislativo e o Executivo, mas envolvendo até o Judiciário. Sem dúvida, **o desregramento das medidas provisórias muito contribuiu para agravar essa situação crítica** (grifo nosso).

Mas como identificar um sistema de governo como hiperpresidencialista?

Ronaldo Bastos (2020, p. 58) sugere, inicialmente, uma fórmula simples: basta “[...] analisar o aumento das prerrogativas presidenciais em relação ao presidencialismo americano, que é o modelo original”. Contudo, aprofundando sua metodologia, o mesmo autor, em um estudo detalhado sobre os desenhos hiperpresidencialistas no constitucionalismo latino-americano, sugere oito características para que um sistema seja qualificado como tal.

A primeira: “capacidade do Presidente de emitir decretos de conteúdo legislativo sob circunstâncias de extrema urgência que seja impossível seguir os procedimentos legislativos ordinários” (BASTOS, 2020, p. 58). Essa primeira característica se amolda perfeitamente às medidas provisórias previstas na Constituição Brasileira de 1988, postas à disposição do Presidente da República: “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar

medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional” (BRASIL, 1988).

Essa prerrogativa legiferante adjudicada ao Presidente não encontra correspondência no presidencialismo original norte-americano, o qual, como já dito, primava pela rígida separação dos Poderes. Segundo Gabriel Negretto (2003, p. 45): *“de acuerdo con el modelo original, sólo los legisladores tenían iniciativa de ley y por tanto control sobre la agenda legislativa. En esta materia, el poder del ejecutivo se reducía a aceptar o rechazar las propuestas emanadas del Congreso”*.

Nesse mesmo sentido – com as devidas proporções e ponderações – tem-se os decretos regulamentares, os quais são postos à disposição do Presidente para regulamentar a legislação emanada do Poder Legislativo.

Assim aduz o texto constitucional: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução” (BRASIL, 1988).

Por mais que os decretos regulamentares sejam vinculados à lei emanada do Legislativo, sendo vedado ao Chefe do Executivo inovar, permite-se que este regule a aplicação legislativa. Com efeito, tais atos normativos reguladores são uma maneira, ainda que restrita, do Presidente administrar a aplicação da lei.

Segunda característica: “capacidade de fazer com que alguns projetos de lei devam ser votados pelo Congresso em um tempo limitado, o que costuma chamar de leis de urgência” (BASTOS, 2020, p. 58).

No constitucionalismo brasileiro, essa prática é chamada de processo legislativo sumário ou projetos de lei de urgência, no qual o Presidente da República pode solicitar que o Congresso aprecie com urgência determinados projetos de lei de sua autoria. O Parlamento terá um prazo para exercer sua função legiferante e, caso não o faça no prazo fixado pela Constituição, deverá interromper as demais deliberações (salvo algumas exceções) até que finalize o processo legislativo tido como urgente. Assim é o texto constitucional:

Art. 64 [...] § 1º - O Presidente da República poderá solicitar **urgência** para apreciação de projetos de sua iniciativa. § 2º Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição,

cada qual sucessivamente, em até **quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas** da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação (BRASIL, 1988, grifo nosso).

No processo de análise pelo Legislativo das medidas provisórias expedidas pelo Presidente ocorre situação similar.

Após a expedição de uma medida provisória, o Congresso Nacional deverá apreciá-la (procedimento que será melhor detalhado no próximo capítulo). Na mesma sorte que os projetos de lei de urgência, o Parlamento terá um prazo fixado pela Constituição e, caso não o cumpra, os demais processos legislativos ficarão sobrestados. *In verbis*:

Art. 62 [...] § 6º Se a medida provisória não for apreciada em até **quarenta e cinco dias** contados de sua publicação, entrará em **regime de urgência**, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, **ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas** da Casa em que estiver tramitando (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Até mesmo nas raras hipóteses de convocação extraordinária do Congresso Nacional (artigo 57, §6º), nas quais os parlamentares somente devem tratar das matérias específicas para as quais foram convocados (artigo 57, §7º), caso haja medida provisória em vigor, será automaticamente incluída da pauta de convocação (artigo 57, § 8º) (BRASIL, 1988).

Nesses casos, ocorre o que se chama na prática legislativa de “trancamento da pauta”, ou seja, as demais pautas do parlamento restam obstruídas até que se ultimem as votações previstas pelo texto constitucional como de urgência. Fica evidente um cenário em que o Executivo define a agenda do Poder Legislativo, o que se pode chamar de poder de agenda do Presidente.

As próximas características do hiperpresidencialismo estão ligadas aos projetos de leis relacionados com assuntos econômicos, financeiros e orçamentários.

A terceira é: “a autoridade exclusiva do Presidente de apresentar projetos de lei em assuntos econômicos e financeiros importantes”. A quarta trata da

“exclusividade do Presidente, ainda que com ratificação do Congresso, de estabelecer a proposta orçamentária” (BASTOS, 2020, p. 59).

Muito embora essa temática não seja a finalidade desse estudo, vale pontuar que o constitucionalismo brasileiro se subsume a ambas as características: “Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais” (BRASIL, 1988).

As quatro próximas características propostas do Ronaldo Bastos (2020), além de não serem objeto do presente estudo, não se verificam no texto constitucional de 1988. Nada obstante, em face da magnitude do tema, faz-se a transcrição:

A quinta é possibilidade de o Presidente submeter a referendo popular a aprovação de projetos de lei. [...] A sexta é a possibilidade da utilização, pelo Presidente, do veto parcial com envio de texto substitutivo. [...] A sétima é a possibilidade de reeleições indefinidas. [...] A oitava é a possibilidade de o Presidente dissolver o Congresso (BASTOS, 2020, p. 61-62).

Assim, tendo por azimute as características propostas por Ronaldo Bastos (2020), é imperioso inferir que o constitucionalismo brasileiro, sob a égide da Carta Política de 1988, apresenta nítida manifestação hiperpresidencialista, na medida em que atribui ao Presidente da República funções legislativas e possibilidade de definição da agenda do Legislativo.

O jurista argentino Roberto Gargarella (2014, p. 272) corrobora ao asseverar que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, foi colorada com esse fenômeno:

*El caso del constitucionalismo brasileño del pos dictadura comparte vario elementos con el ejemplo chileno. En Brasil también, en efecto, la Constitución de 1988 puede leerse como una forma de reaccionar frente al legado del constitucionalismo autoritario promovido por los militares. La Constitución en cuestión era la de 1967, sancionada durante el gobierno militar de Huberto Castelo Branco. [...] Por ello después de recuperar la democracia, los brasileños elaboraron una nueva Constitución, que intentó reparar los graves retrocesos consagrados constitucionalmente por la dictadura. [...] **Notablemente, sin embargo, debe apuntarse que la Constitución mantuvo un sistema presidencialista poderoso, muy en sintonía con las reformas introducidas por la dictadura en el Poder Ejecutivo** (grifo nosso).*

Esse empoderamento do chefe do Executivo, que se viu exacerbado nas Cartas de 1967 e de 1969, em certa medida, foi replicado na Constituição Cidadã de 1988. Esta manteve o sistema presidencialista forte, como em suas antecessoras, evidentemente livre do autoritarismo daquelas. A doutrina que se debruça a pesquisar sobre o tema aponta que a causa principal é o trauma deixado pela Constituição de 1946, a qual estabeleceu um Presidente com poucos poderes. Gargarella (2014) é contundente ao comentar sobre a Constituição de 1988, afirmando que esta manteve a forma de organização dos Poderes desenhada pelo regime autoritário da Carta de 1967.

Nesse sentido é a sua dicção: “[...] *la nueva Constitución democrática se diferenció significativamente de la anterior en relación con la organización de los derechos, pero mantuvo en lo esencial la organización de poderes establecida por la dictadura de 1967*”. (GARARENA, 2014, p. 272).

Nesse quadro posto, o hiperpresidencialismo expressa um sistema de repartição de poderes em que ao chefe do Poder Executivo são disponibilizadas ferramentas que o permitem se colocar em posição de supremacia frente ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário. No caso brasileiro, a permissão constitucional para que o Presidente da República legisle através de medidas provisórias, é uma clara demonstração desse fenômeno, oportunidade em que ao Presidente é conferido poder de exercer atividade legiferante e de paralisar a agenda do Parlamento, trancando a sua pauta.

Convém ressaltar, que as hodiernas medidas provisórias tiveram como antecessores os famigerados decretos-leis. Estes, como detalhado em tópico anterior, foram utilizados por governos despóticos para exercer a atividade legiferante, enquanto o Parlamento estava inexistente ou submisso ao Executivo. Destaca-se que, como as medidas provisórias, os decretos-leis tinham assento constitucional (nas Cartas de 1937, 1967 e de 1969).

Esse empoderamento do Poder Executivo, ainda que com previsão na ordem jurídica constitucional, vai de encontro à lógica proposta pelo poder constituinte de limitação dos poderes. Ainda mais quando o instituto posto à disposição do chefe

do Executivo é utilizado de maneira exacerbada e isento de qualquer controle pelos demais poderes.

4 MEDIDAS PROVISÓRIAS COMO INSTRUMENTO DO HIPERPRESIDENCIALISMO

Como já tratado, uma das características do hiperpresidencialismo é a faculdade conferida ao Presidente da República de inovar no ordenamento jurídico, exercendo atividade legislativa em situações de urgência, em que seja impossível observar os ritos legislativos ordinários.

Nesse diapasão, uma possibilidade de o Poder Executivo legislar é mediante delegação do Legislativo, ou seja, este Poder delega àquele, parte de sua função legiferante para tratar de determinada matéria específica, como o fez a Constituição Federal de 1988:

Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a **delegação** ao Congresso Nacional. § 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos. § 2º A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, **que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício**. § 3º Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Muito embora o instituto preveja a possibilidade de atividade legislativa por parte do Presidente da República, essa se dá, frisa-se, com o controle prévio do Congresso Nacional, o qual irá delegar a matéria específica e os termos para o seu exercício, bem como poderá determinar a sua apreciação antes da vigência da norma.

No direito comparado, encontram-se vários textos constitucionais com idêntica previsão, a saber, a Constituição italiana de 1948, a Constituição portuguesa de 1976, a Constituição francesa de 1958, a Constituição espanhola, a Constituição histórica da Inglaterra, entre outras (CLÈVE, 2010, p. 30-31).

Além dessa hipótese – restrita – de atividade legislativa pelo Executivo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe em seu bojo um novo instrumento normativo – muito mais abrangente e autônomo – sob a rubrica de medida

provisória, tendo por objetivo permitir que o Presidente da República legisle em casos de relevância e urgência, ou seja, em situações extremas em que aguardar todo o processo legiferante, conduzido pelo Poder Legislativo, poderia acarretar prejuízos ao interesse público ou social.

Tais medidas tão logo são editadas passam a valer com força de lei ordinária, com vigência imediata, devendo de imediato serem apreciadas pelo Congresso Nacional para sua conversão em lei ou não.

Assim, nesse capítulo, tratar-se-á sobre o instituto constitucional das medidas provisórias, correlacionando-as com o fenômeno do hiperpresidencialismo, em especial em face do uso desmedido por parte dos Presidentes da República.

4.1 AS RAZÕES TEÓRICAS PARA O EXECUTIVO LEGISLAR

Dogmaticamente, o deslocamento da atividade legislativa para o Executivo se fundamenta no dinamismo dos Estados modernos e nas inúmeras vicissitudes da sociedade, que reclamam uma atuação governamental célere, incapaz de esperar as longas tratativas do processo legislativo ordinário.

Cita-se, à guisa de exemplo, situações de calamidades, urgências econômicas, violações patentes de direitos, ações ambientais emergenciais, questões graves de ordem pública, de saúde, de educação, de assistência social etc. Em suma, temas que requerem uma rápida intervenção do Estado.

Ainda, como visto em tópico anterior, a emergência do Estado Social passou a reclamar a intervenção do Estado na sociedade a fim de reequilibrar as desigualdades existentes, de maneira que o típico processo legislativo não se mostrava eficiente, sendo imperioso que as decisões fossem tomadas de maneira mais célere e concreta. Portanto, o Poder Executivo passou a ser dotado de poderes legiferantes.

Nessa perspectiva são os fundamentos apresentados pelo professor Clèmerson Merlin Clève (2010, p. 19):

A dinâmica das relações sociais, a intensidade das demandas econômicas e a velocidade das mutações políticas reclamam uma pronta intervenção do

Estado. As políticas públicas sucedem-se com a finalidade de implementar diretrizes novas ou de oferecer respostas a crises conjunturais recorrentes. Trata-se de contexto capaz de colocar em questão o sistema tradicional de organização funcional do Estado, exigindo, não poucas vezes, a revisão dos papéis do Executivo e do Legislativo.

Nesse sentido, o mestre Caio Tácito (2018) assevera que esse mecanismo de outorga ao Poder Executivo de parcela da função legiferante primária tem sua procedência na Constituição de Weimar de 1919, uma das primeiras constituições sociais. Explica o autor:

A partir sobretudo da segunda década do século [passado], quando se acentuou a intervenção do Estado no domínio econômico e social, em dois modelos se exprime a exacerbação da presença do Executivo na criação primária da lei material. De uma parte, mediante **delegações legislativas, ou leis de habilitação**, autorizadas ou não em texto constitucional expresse, transfere-se ao Executivo os poderes de criar o Direito com força equivalente ao ato legislativo formal. [...] Outra espécie de assunção, pelo Executivo, da atividade legislativa nasce diretamente das Constituições que lhe atribuem, a título extraordinário e emergencial, o direito **poder de legislar**, submetido a controle final do Parlamento (TÁCITO, 2018, p. 34).

No entanto, a transferência da função legislativa não se dá de maneira absoluta e irretroatável. O Parlamento continua o arquiteto do arcabouço normativo. O que ocorre é a cessão temporária da atividade legislativa ao Executivo, haja vista um contexto de extraordinária urgência. Logo, o Poder Legislativo, titular da função legiferante do Estado, deverá apreciar o ato normativo criado pelo Executivo e ratificá-lo ou rejeitá-lo.

Gustavo Rene Nicolau (2009) advoga que algumas teses surgiram para justificar a alocação de parte da função legislativa no Executivo e destaca a teoria da delegação tácita, que se calca na ideia de que a autorização para o Executivo legislar nasceria nos casos de urgência em que o Poder Legislativo se quedasse inerte. Os defensores dessa teoria fazem uma relação com o instituto da Gestão de Negócios do direito civil, agindo o Executivo como “gestor de negócios” do Parlamento, em situações de urgência que se exige uma rápida ação do Estado.

Com as devidas ponderações de se tentar justificar a relação de poderes do Estado com uma norma eminentemente de direito privado, a teoria é digna de apreço. Na figura contratual da Gestão de Negócios, terceira pessoa age em nome do

titular do direito em casos de urgência, porém sem prévia outorga de poderes, devendo o titular do direito ratificar, posteriormente, as decisões tomadas pelo gestor³⁰.

Com efeito, a autorização para o exercício da função legislativa pelo Executivo obedece a mesma lógica: em casos de urgência, o chefe do Executivo exerce a função do Legislativo, tendo seu provimento efeitos imediatos, porém ficando sujeitos à ratificação do titular do direito.

4.2 FONTES DE INSPIRAÇÃO NO DIREITO COMPARADO

Decorrente das vicissitudes das sociedades modernas, além das hipóteses de delegação legislativa, os ordenamentos jurídicos das mais variadas nações preveem a possibilidade de o Executivo exercer atividade legiferante direta e autonomamente em determinadas circunstâncias extraordinárias, em que aguardar o processo legislativo ordinário poderia acarretar graves danos.

Do direito constitucional europeu extraem-se algumas passagens de assentimento do Poder Constituinte para que o Executivo legifere. A Lei Fundamental alemã de 1949 prevê a possibilidade de, em situações de urgência, o Presidente decretar a “situação de emergência legislativa” (artigo 81). A Constituição francesa de 1958 traz a possibilidade de o Governo expedir “regulamentos autônomos” para tudo aquilo que o texto constitucional não reservar à lei (artigos 34 e 37). Na Espanha, sua Constituição de 1978 preconiza que o Governo pode editar “decretos-leis”, em casos de extraordinária e urgente necessidade (artigo 86). A Carta Política portuguesa de 1976 prescreve, em seu artigo 198, que o Governo poderá legislar mediante “decreto-lei” (CLÈVE, 2010).

Vale destacar a maneira como a Constituição da República Portuguesa trata a matéria: o texto constitucional possibilita o Governo exercer atividade legislativa, mediante decreto-lei, em condições ordinárias, ou seja, mesmo sem a presença de situações extraordinárias de necessidade de urgência.

³⁰ No Código Civil Brasileiro, a Gestão de Negócios encontra-se prevista nos artigos 861 a 875.

O constituinte português de 1976 não se melindrou em utilizar categoricamente a expressão “função legislativa” do Executivo e franqueou-lhe a possibilidade de legislar sobre qualquer matéria que não seja reservada ao Parlamento, independentemente da presença de situações extraordinárias, *in verbis*:

Artigo 198º - Competência legislativa: 1. Compete ao Governo, no exercício de **funções legislativas: a) Fazer decretos-leis em matérias não reservadas à Assembleia da República**; b) Fazer decretos-leis em matérias de reserva relativa da Assembleia da República, mediante autorização desta; c) Fazer decretos-leis de desenvolvimento dos princípios ou das bases gerais dos regimes jurídicos contidos em leis que a eles se circunscrevam. 2. É da exclusiva competência legislativa do Governo a matéria respeitante à sua própria organização e funcionamento. 3. Os decretos-leis previstos nas alíneas b) e c) do n.º 1 devem invocar expressamente a lei de autorização legislativa ou a lei de bases ao abrigo da qual são aprovados (PORTUGAL, 1976, grifo nosso).

Ainda, estabeleceu que a apreciação dos decretos-leis pelo Parlamento não é automática, como no caso brasileiro, mas mediante requerimentos de uma dezena de membros do Legislativo, em um prazo decadencial de trinta dias. *Ipsis verbis* o texto constitucional:

Artigo 169º - Apreciação parlamentar de atos legislativos. 1. Os decretos-leis, salvo os aprovados no exercício da competência legislativa exclusiva do Governo, **podem ser submetidos a apreciação da Assembleia da República, para efeitos de cessação de vigência ou de alteração, a requerimento de dez Deputados, nos trinta dias subsequentes à publicação**, descontados os períodos de suspensão do funcionamento da Assembleia da República (PORTUGAL, 1976, grifo nosso).

Como demonstrado, várias são as Constituições que admitem a atividade legislativa pelo Executivo, contudo, o constituinte português destacou-se ao adotar uma sistemática de divisão de poderes em que o Governo restou dotado de exacerbadas competências legislativas, confundindo com a própria função legiferante do Parlamento. O grande mestre constitucionalista português, Joaquim José Gomes Canotilho (2003) tece ásperas críticas a essa deslocação de poderes legislativo ao Executivo na contramão dos textos constitucionais modernos. São suas palavras:

O legislador constituinte de 1976, não obstante a prática abusiva dos decretos-leis verificada durante o regime da Constituição de 1933, parece ter considerado os decretos-leis como um instrumento ineliminável do Estado democrático. Com efeito, conhecidas as críticas dirigidas à categoria dos

decretos-leis – instrumento nas mãos do Governo que os pode utilizar para fins de manifesto oportunismo político, colocando as assembleias representativas perante factos consumados –, a Constituição de 1976 entendeu consagrar a categoria dos decretos-leis com uma grande autonomia e amplitude. Neste aspecto, a Constituição Portuguesa afasta-se decididamente da maioria das constituições democráticas do pós-guerra que, em geral, condicionam o exercício da competência legislativa à existência de circunstâncias excepcionais, situações de urgência e necessidade, e a um apertado controle do órgão parlamentar (CANOTILHO, 2003, p. 795).

O contexto histórico-político-constitucional português, em certa medida, se assemelha ao brasileiro, uma vez que se repetiu, na Constituição democrática vigente, um instituto usado abusivamente em períodos autocráticos pretéritos. Muito embora a disciplina das medidas provisórias brasileiras seja menos condescendente com a atividade legislativa que os decretos-leis portugueses, seus antecedentes remontam a momentos históricos autoritários.

Nesse cotejo com o direito comparado, uma ressalva faz-se necessária. Dos países europeus mencionados, nenhum deles adota o sistema presidencialista de governo. Como tratado no capítulo antecedente, o presidencialismo foi desenvolvido nos Estados Unidos e replicado nos países americanos. No Velho Continente, predomina o parlamentarismo. Das nações citadas, a Alemanha é uma república parlamentarista, a Espanha uma monarquia parlamentarista e França e Portugal são repúblicas semipresidencialistas.

No sistema parlamentarista, a atividade legislativa pelo governo causa menos imbróglio na relação entre os Poderes, já que o chefe de Governo é nomeado pelo Parlamento e pode ser por este deposto por divergência na condução da política, através do voto de desconfiança ou de censura ou da perda da maioria parlamentar.

Embora mais jovem que as medidas provisórias brasileiras, encontra-se no constitucionalismo argentino um instituto bastante similar: o “decreto de necessidade e urgência” previsto na Constituição de 1994.

Interessante que o constituinte portenho, ao iniciar tratamento sobre a matéria, deixou claro que ao Poder Executivo é vedado o exercício da atividade legislativa, posteriormente excepcional, quando presentes situações excepcionais de necessidade e urgência (a redação é muito similar com o texto italiano que será

apresentado em seguida). Segue a transcrição original do texto constitucional argentino:

*Artículo 99.- El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: [...] El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias **excepcionales** hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar **decretos por razones de necesidad y urgencia**, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros (ARGENTINA, 1994, grifo nosso).*

Advoga a doutrina que a real fonte de inspiração das medidas provisórias vem do Direito Constitucional italiano, do denominado *decreto-legge* (TAVARES, 2017, p. 1077).

A vigente Constituição Italiana de 1948 prevê expressamente a vedação de atividade legislativa pelo Executivo³¹, sem delegação do Legislativo. O mesmo dispositivo constitucional excepciona a vedação, permitindo que o Governo edite medidas provisórias com força de lei em casos extraordinários, de necessidade e urgência.

Pela similitude com o texto brasileiro, faz-se pertinente a transcrição do dispositivo constitucional extraído da versão em português da Constituição Italiana disponível na biblioteca virtual do Senado daquele país:

Art. 77 O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, emanar decretos que tenham valores de lei ordinária. **Quando, em casos extraordinários, de necessidade e de urgência, o Governo adota, sob a sua responsabilidade, medidas provisórias com força de lei**, deve no próprio dia apresentá-los para a conversão às Câmaras que, mesmo se dissolvidas, foram propositadamente convocadas, devendo reunir-se no prazo de cinco dias. Os decretos perdem eficácia desde o início se não forem convertidos em lei no prazo de sessenta dias desde a sua publicação. As Câmaras podem, todavia, regular com a lei as relações jurídicas que surgem na base dos decretos não convertidos. (ITÁLIA, 1948, grifo nosso).³²

³¹ A Constituição Italiana adota o sistema de governo parlamentarista republicano, cabendo ao Presidente (eleito pelo Parlamento) exercer as funções de chefe de Estado e, ao Presidente do Conselho de Ministros, as de chefe do Governo (ITÁLIA, 1948).

³² O dispositivo original em idioma italiano traz a seguinte redação: “Art. 77 - Il Governo non puo', senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria. Quando, in casi straordinari di necessita' e d'urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilita', provvedimenti provvisori com forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni. I decreti perdono

É notável a semelhança do artigo 62 da Constituição de 1988, com o citado dispositivo italiano, não somente na denominação do instituto, mas também nos requisitos (necessidade/relevância e urgência), nos efeitos (força de lei), na necessidade de submissão ao parlamento e na perda de validade.

No que se refere aos requisitos necessidade/relevância e urgência, ambas as Constituições são lacônicas em definir os seus conceitos, bem como a forma como o chefe do Executivo irá justificar as suas presenças, o que gera grandes abusos, como será tratado à frente. Para remediar esse imbróglio, o legislador infraconstitucional italiano, através da Lei n. 400, de 23 de agosto de 1988, determinou que no preâmbulo do ato sejam indicadas as circunstâncias extraordinárias de necessidade e urgência que justificam a sua edição (TAVARES, 2017, p. 1078).

O direito brasileiro, por sua vez, previu através de ato do Poder Executivo (Decreto n. 9.191, de 01 de novembro de 2017) que na exposição de motivos de medida provisória, o Presidente deverá demonstrar objetivamente os requisitos de relevância e urgência (BRASIL, 2017).

A Constituição italiana de 1948 não restringiu as matérias que poderiam ser tratadas por *decreto-legge*. Então, em 1988, o legislador ordinário, através da já citada Lei n. 400, limitou o seu emprego vedando a edição para:

1º) conferir delegação legislativa no sentido assim estabelecido pelo art. 76 da Constituição; 2º) disciplinar o processo legislativo da feitura das leis, quanto à matéria indicada no art. 72 daquela Constituição; 3º) renovar as disposições de decreto-lei cuja conversão tenha sido negada; 4º) regular as relações jurídicas surgidas com base no decreto-lei não convertido; 5º) ripristinar a eficácia de disposições declaradas inconstitucionais pela Corte Constitucional por vício não atinente ao procedimento (TAVARES, 2017, p. 1078).

Sobre o meio utilizado para impor limites ao Executivo italiano, Clèmerson Merlin Clève (2010) traz uma importante discussão no que tange à hierarquia de normas e observância obrigatória da Lei Italiana n. 400, pois esta é norma infraconstitucional, logo, poderia ser alterada por outra lei de igual hierarquia, até

efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti".

mesmo por *decreto-legge*, estando presente um quadro extraordinário de necessidade e de urgência, o que a tornaria inócua no seu desiderato de limitar a atividade legislativa do Executivo. O autor pontua que a doutrina majoritária e o entendimento da Corte Constitucional italiana são no sentido de que a citada lei somente é cogente naquilo que puder ser implicitamente dedutível da Constituição.

O Poder Constituinte brasileiro originário de 1988 seguiu na mesma toada do italiano, não restringindo as matérias que poderiam ser tratadas por meio de medidas provisórias. A similitude do comando constitucional deixa evidente a fonte de inspiração italiana, *in verbis*:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes. (Redação original). (BRASIL, 1988).

Posteriormente, da mesma forma que o direito italiano, o brasileiro limitou os temas sujeitos ao provimento de urgência do Executivo. Contudo, foi mais acurado e técnico e não o fez por intermédio do legislador ordinário, mas, sim, por meio de manifestação do Poder Constituinte derivado através da Emenda Constitucional nº 32 de 2001, a qual trouxe um rol de matérias insuscetíveis de serem tratadas mediante medida provisória (tema que será melhor detalhado à frente).

4.3 OS ANTECEDENTES PÁTRIOS AUTORITÁRIOS

Como já tangenciado, muito embora no ordenamento jurídico doméstico o instituto seja novo, ao menos com essa denominação, já se teve no passado (Cartas Constitucionais de 1937, de 1967 e de 1969) instrumento normativo similar pelo qual o chefe do Poder Executivo legislava, qual seja, o decreto-lei³³.

³³ Conforme informa o Portal da Legislação do Planalto, foram editados 9.914 decretos-leis no período de 1937 a 1965 e 2.481 de 1965 a 1988 (BRASIL).

É inconteste que o antecedente lógico pátrio da atual medida provisória foi o decreto-lei, com as atualizações exigidas para um novo contexto constitucional. A similitude de redação de ambos os institutos corrobora essa conclusão, como se vê no art. 58 da Constituição de 1967, no art. 55 da Constituição de 1969 e no art. 62 da Constituição vigente, *in verbis*:

Art. 58 - O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias: [...] (BRASIL, 1967).

Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias: [...] (BRASIL, 1969).

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (BRASIL, 1988).

A similitude se manifesta nos seguintes aspectos: tratam-se de medidas excepcionais, a serem editadas pelo chefe do Executivo apenas em casos de relevância e urgência; uma única pessoa age em substituição a duas casas legislativas; ambos os institutos ingressam de imediato no ordenamento jurídico, com força de lei; o texto constitucional fixa prazo para que o Parlamento aprecie a medida excepcional.

Dessa última característica apontada, surge uma diferença entre os institutos: a medida provisória que não for apreciada pelo Congresso no prazo fixado no texto constitucional perderá sua eficácia, ocorrendo a revogação tácita; já o decreto-lei que não fosse apreciado, seria tido como aprovado tacitamente.

O ilustre Paulo Bonavides (2017, p. 323) destaca a referida similitude das medidas provisórias com os decretos-leis:

Onde avulta mais a sua competência normativa paralela a do Congresso Nacional, é na edição de medidas provisórias com força de lei. Estas se fazem admissíveis unicamente em casos de relevância e urgência, sendo substitutivas dos velhos decretos-leis, familiares a outras épocas constitucionais de nosso passado republicano. Representam mecanismos de ação urgente do Poder Executivo.

Em arremate, é de bom alvitre lembrar o contexto político em que as Constituições 1937 e de 1967 foram editadas, qual seja, durante um regime de exceção, em que o Poder Executivo agia soberano frente aos demais poderes. Destarte, não se pode negligenciar o fato de a Constituição de 1988 (democrática) trazer, em seu bojo, um instrumento normativo de empoderamento do Presidente da República nos mesmos moldes de Constituições antecedentes, outorgadas durante regimes ditatoriais.

Assim, estribado nos antecedentes das medidas provisórias, resta deveras evidente que estas são fruto de uma história autoritária, apresentando-se como um atentado à lídima separação de poderes e, por conseguinte, ao constitucionalismo democrático.

4.4 O GOVERNO LEGISLANDO NOS SISTEMAS PARLAMENTARISTA E PRESIDENCIALISTA

A Itália, como a grande maioria dos países europeus, adota o sistema parlamentar de governo. Com efeito, o constituinte brasileiro buscou inspiração em um sistema parlamentarista, no qual as vontades do Parlamento e do chefe de Governo são alinhadas, e trouxe as mesmas prerrogativas para um sistema no qual a separação de poderes é rígida, não podendo o Executivo ser interpelado pelo Legislativo.

É evidente que a atividade legiferante exercida pelo Poder Executivo mostra-se mais coerente no sistema parlamentarista do que no presidencialista, haja vista a responsabilidade que o chefe de Governo tem para com o Parlamento naquele sistema.

No sistema parlamentarista, para se manter no poder, o chefe de Governo necessita de apoio do Parlamento, assim, se passar a editar atos normativos ao arrepio da Constituição ou, até mesmo, contrariando a política da Casa Legislativa, poderá ver-se, junto com seu gabinete, deposto por esta.

Enquanto no sistema presidencialista, caso o Presidente edite atos normativos primários inconstitucionais ou que se afastam do interesse público, este

não será responsabilizado, podendo haver apenas a rejeição pelo Parlamento e perda de validade de tais atos.

Eros Grau (1990, p. 241), com sábia maestria, esclarecera a incoerência em se buscar orientação em um sistema de gabinete para desenvolver um instituto de deslocamento de função legislativa em um sistema presidencialista. A Assembleia Constituinte de 1988 teve forte inclinação em adotar o sistema parlamentarista de governo. Assim, lembra o autor que o constituinte brasileiro teve por fonte de inspiração a Constituição italiana ao tempo em que pretendia elaborar uma Constituição parlamentarista.

Compulsando os Anais da Constituinte de 1987/1988, observa-se que os constituintes tinham forte tendência pelo sistema parlamentarista de governo. Cita-se a posição firmada pela subcomissão que tratou do Poder Executivo:

Nossa posição sobre o mandato presidencial é conhecida: na hipótese presidencialista somos por quatro (4) anos e na hipótese parlamentarista, seis (6) anos. No caso presente como a tendência é para um parlamentarismo híbrido e levando em conta a disposição dos ilustres Constituintes que estavam numa linha presidencialista, e agora votam favorável ao substitutivo, nos dispomos a dar nosso apoio ao mandato de cinco (5) anos. Esta posição não é definitiva, pois, se a tendência da Constituinte for pelo presidencialismo nós votaremos pelo mandato de quatro (4) anos (BRASIL, 1987).

Porém, ao final dos trabalhos, a Constituinte optou pelo sistema presidencialista, mas não o fez de maneira definitiva. Entendeu-se por bem chamar o povo para deliberar sobre esse tema e previu-se, no artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que “No dia 7 de setembro de 1993, o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País” (BRASIL, 1988)³⁴.

A consulta plebiscitária teve o resultado de 55,67% favoráveis ao presidencialismo e 24,91% ao parlamentarismo, tendo 14,58% de votos em branco e

³⁴ A Emenda Constitucional nº 2, de 25 de agosto de 1992, alterou a data do plebiscito para 21 de abril de 1993.

4,87% de votos nulos³⁵, restando confirmado definitivamente o sistema presidencialista.

Com efeito, a Constituinte de 1988 escolheu o sistema presidencialista e o poder constituinte de revisão sacramentou esse sistema. Contudo, manteve-se a possibilidade de o Executivo exercer atividade legiferante, agora sem o controle de responsabilidade do Parlamento, apenas com a possibilidade deste rejeitar o ato posteriormente à sua entrada em vigor ou, eventualmente (e também após a vigência) pelo controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.

Resta manifesto que o instituto foi importado de um sistema em que o chefe de Governo pode ser responsabilizado pelo Parlamento para um sistema em que não há responsabilidade política de um Poder para com o outro. Afigurando-se, assim, um instrumento que confere supinos poderes e diminuta responsabilidade. Nessa lógica se posiciona a doutrina:

Por motivos políticos, a Assembleia Constituinte optou pelo presidencialismo, mas não abriu mão da produção legislativa pelo Executivo, livre, portanto, da ameaça de uma moção de desconfiança por parte do Parlamento. [...] O resultado foi o surgimento de um instrumento ágil de legiferação pelo Poder Executivo, livre de qualquer possibilidade concreta de freio parlamentar. Percebe-se que o instituto foi importado pela metade, visto que é concedida a prerrogativa, mas não a sanção que sistema italiano apresenta (NICOLAU, 2009, p. 50).

De igual sorte, Sérgio Resende de Barros (2000) afirma que os provimentos de urgência se ambientam bem no sistema parlamentarista em face da identidade política entre Governo e o Parlamento e a responsabilidade daquele perante este. Assim, o Governo edita os provimentos sob a sua responsabilidade política. Se o Parlamento entende que não deve ser convertido em lei, manifesta desconfiança em desfavor do Governo, o que pode implicar na queda de seu gabinete. Já no sistema presidencialista, a identidade política e a responsabilidade não existem, o que impede o instituto de funcionar bem.

É inegável que o permissivo constitucional do exercício de função legislativa no sistema presidencialista empodera o Presidente assaz mais do que o

³⁵ Fonte: Tribunal Superior Eleitoral: https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/plebiscito-de-1993/rybena_pdf?file=https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/plebiscito-de-1993/at_download/file.

chefe de Governo do sistema de gabinete. Logo, seu uso deve ser balizado por limites muito mais restritos, como afirma Clèmerson Clève (2021, p. 57): “Por essa razão, concorde-se que a excepcionalidade do exercício da função legislativa pelo Executivo em nosso país deve ser mais marcante que a da Itália”. O que é imperioso em um sistema constitucional que se firma na equânime repartição dos poderes.

4.5 MEDIDAS PROVISÓRIAS NA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE

Examinando os Anais da Constituinte, observa-se que as medidas provisórias foram concebidas no texto constitucional pelo Constituinte Egídio Ferreira Lima, quando relator da Comissão de Organização dos Poderes.

A Assembleia Constituinte apreciou, tanto na Comissão de Sistematização quanto no Plenário, propostas de retirada das medidas provisórias do texto constitucional, sob o argumento de que estar-se-ia ressuscitando os funestos decretos-leis e renunciando a competência legislativa do Parlamento (evidentemente que ambas propostas foram rejeitadas).

Na deliberação e votação em Plenário, os Constituintes Michel Temer, Lídice da Mata e Adylson Motta propuseram a supressão das medidas provisórias do texto constitucional. À guisa de ilustração, transcreve-se passagem da manifestação do Constituinte Adylson Motta, o qual mais veemente refutou o instituto:

Se fosse perquirir as razões que, ao longo dos últimos anos, levaram esta Casa ao total descrédito, certamente alinharia entre as principais, se não a singularizasse, o uso abusivo do instrumento de exceção que é o decreto-lei. O que é um decreto-lei? Decreto-lei é um ato com força de lei editado pelo Presidente da República e homologado pelo Congresso Nacional. Pois bem, Sr. Presidente, se dou esta definição é para que não pare qualquer dúvida de que o texto, que está sendo proposto, o texto base, reintroduz na Constituição brasileira a figura do decreto-lei (BRASIL, 1987, 1988).

No mesmo sentido, o Constituinte Michel Temer:

Quero demonstrar, Srs. Constituintes, que a chamada medida provisória é um nome novo que se deu a uma coisa velha, demonstrarei, em brevíssimas palavras, que a medida provisória é tal e qual o decreto-lei e, com um agravante, porque, se é verdade, Sr. Presidente e Srs. Constituintes, que, diversamente do decreto-lei, a medida provisória, se não for aprovada pelo Congresso Nacional, considera-se ineficaz, a verdade é que, no atual

sistema, o decreto-lei só pode versar três matérias determinadas: segurança nacional, finanças públicas e normas tributárias. A chamada medida provisória, com as mesmas características do decreto-lei, pode versar sobre toda e qualquer matéria. Digo que o Legislativo abrirá ou não mão da sua prerrogativa de legislar, porque, ao longo do período chamado revolucionário, foram editados 2.420 decretos-leis, sendo que a grande maioria não foi examinada pelo Congresso Nacional. Portanto, não houve nenhuma apreciação, ao passo que o Legislativo, nesse mesmo período, legislou, ordinariamente, por meio de 2.900 leis. Legislou tanto o Executivo, quanto o Legislativo. (BRASIL, 1987, 1988).

Ainda nos Anais, extrai-se das manifestações do Constituinte Egídio Ferreira Lima os fundamentos para previsão das medidas provisórias no texto da Constituição Cidadã:

O legislador, hoje, não é só o Parlamentar. Há hoje uma comunhão entre os Poderes Executivo e Legislativo quanto à elaboração da lei. A celeridade do processo histórico de hoje, a modernização e a complexidade da sociedade exigem instrumento ágil e preciso para que se possa atender aos casos relevantes e de urgência dentro da direção administrativa – que são muito comuns. [...] Isto não é o decreto-lei que imperou durante toda a ditadura. Isto é um mecanismo indispensável ao funcionamento de um regime democrático. (BRASIL, 1987, 1988).

Outro efusivo defensor foi o Constituinte Nelson Jobim:

Sr. Presidente, façamos um cotejo. Vamos cotejar a figura do decreto-lei de 1969, com a figura das medidas provisórias aqui contidas neste texto que estamos a discutir. Sr. Presidente e Srs. Constituintes, pelo sistema proposto, tomar-se-ão medidas provisórias em momentos de relevância e urgência, cujo juízo político compete a esta Casa. [...]. Por isso, Srs. Constituintes, não estamos tratando de decreto-lei, estamos tratando de algo moderno, algo absolutamente moderno, que corresponde àquilo que a sociedade conhece, a necessidade da intervenção expedita e rápida do Estado em situações emergenciais e de gravidade absoluta. E esta Casa vigiará de forma absoluta, e com toda a sua força legislativa, qualquer excesso que venha a ser praticado. (BRASIL, 1987, 1988).

Interessante observar que, até mesmo na votação em plenário, os que advogavam em seu favor o faziam com fundamento em um governo parlamentarista, como o fez o citado Constituinte Nelson Jobim:

Logo, Srs. Constituintes, não há uma renúncia, absolutamente, da capacidade legislativa desta Casa. O que há, realmente e efetivamente, Sr. Presidente, e Srs. Constituintes, é algo que não podemos controlar, é a circunstância de que situações emergenciais e de extrema gravidade se ponham e exijam intervenção do Estado de imediato, e esta intervenção se dará pelo Executivo, que, graças a Deus, **será um Executivo**

parlamentarista. E poderemos, então, dentro de 30 dias, nesta Casa, conhecer e decidir sobre a validade dessas medidas, que, se não convertidas em lei, serão nulas, ineficazes todas as situações ocorridas anteriormente (BRASIL, 1987, 1988, grifo nosso).

É de rigor inferir que, durante a tramitação do texto constitucional, o dispositivo que tratava das medidas provisórias fora construído para que o instituto fosse aplicado no sistema parlamentarista.

Verifica-se nos referidos Anais que o projeto aprovado pela Comissão de Sistematização (anterior ao Plenário) previa o sistema de governo parlamentarista³⁶, sendo as medidas provisórias desenhadas para esse sistema. Cumpre realizar a transcrição do dispositivo como aprovado na referida comissão:

Art. 122 - O Executivo não poderá, sem delegação do Congresso Nacional, editar decreto que tenha valor lei. § 1º - **Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República, por solicitação do Primeiro Ministro, poderá adotar medidas provisórias, com força de lei**, devendo submetê-las, de imediato, ao Congresso Nacional, para a conversão, o qual, estando em recesso, será convocado extraordinariamente, para se reunir no prazo de cinco dias. § 2º - Os decretos perderão eficácia, desde a sua edição, se não forem convertidos em lei, no prazo de trinta dias, a partir da sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas deles decorrentes. (BRASIL, 1987, 1988, grifo nosso).

O sistema de governo presidencialista foi definido, como tratado em tópico antecedente, apenas quando das discussões e votações no Plenário da Constituinte e após intensa mobilização política, sendo o dispositivo adaptado apenas, sublinhe-se, apenas em sua redação, ao sistema presidencialista. Transcreve-se, para fins de comparação:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o **Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei**, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias. Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

³⁶ “Art. 194 – O Governo é constituído pelo Primeiro-Ministro e pelos integrantes do Conselho de Ministros” (BRASIL, 1987).

A incúria do constituinte, no tocante à previsão das medidas provisórias como ato normativo primário, bem como a sua adaptação ao sistema presidencialista meramente redacional, fica evidente ao analisar o artigo que trata do processo legislativo. Mesmo após aprovado pelo Plenário da Constituinte e o projeto pela Comissão de Redação (última comissão), as medidas provisórias não apareciam no rol de instrumentos legislativo infraconstitucionais, tendo sido inseridas apenas após a aprovação do texto e antes da publicação:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - decretos legislativos; VI - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. (BRASIL, 1988).

José Afonso Silva (2013, p. 528) tece contundentes críticas à maneira como as medidas provisórias foram inseridas no rol de instrumentos legislativos:

As medidas provisórias não constavam da enumeração do art. 59, como objetos do processo legislativo, e não tinham mesmo que constar, porque sua formação não se dá por processo legislativo. São simplesmente editadas pelo Presidente da República. A redação final da Constituição não as trazia nessa enumeração. Um gênio qualquer, de mau gosto, ignorante, e abusado, introduziu-as aí, indevidamente, entre a aprovação do texto final (portanto depois do dia 22.9.88) e a promulgação-publicação da Constituição no dia 05.10.88.

Perquirindo os Anais da Assembleia Nacional Constituinte (BRASIL, 1987, 1988) pode-se inferir que a Comissão de Sistematização (posterior às Comissões Temáticas e anterior ao Plenário)³⁷ aprovou o sistema de governo parlamentarista e, juntamente, o instituto das medidas provisórias, o que se harmonizaria com excelência, pois nesses sistemas o chefe de Governo é responsável perante o Parlamento pelos seus atos de condução da política. Quando o projeto foi discutido e votado no Plenário da Constituinte, o parlamentarismo foi rejeitado, sendo aprovado

³⁷ A Assembleia Nacional Constituinte seguiu a seguinte ordem de comissões: 1º) Subcomissões temáticas; 2º) Comissões temáticas; 3º) Comissão de Sistematização; 4º) Plenário e 5º) Comissão de redação.

o sistema presidencialismo, contudo, as medidas provisórias foram mantidas, sofrendo tão-somente adaptação redacional do dispositivo.

Assim, o texto original do artigo 62, que fora desenhado para o sistema de governo de gabinete, porém aprovado para o sistema de presidencial, trouxe exorbitante competência legislativa ao Presidente, que terminou, na prática, substituindo os famigerados decretos-leis de outrora³⁸.

4.6 REGRAMENTO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

O presente tópico será reservado para detalhar o regramento das medidas provisórias, de acordo com o texto constitucional e a interpretação dada pela doutrina. Para tanto, apresentar-se-á sua natureza jurídica, seus efeitos, limites, procedimento, eficácia e formas de controle.

Dedica-se especial atenção a dois temas que estão intimamente ligados com o fenômeno do hiperpresidencialismo: os efeitos das medidas provisórias no ordenamento jurídico brasileiro e na pauta do Congresso e a (in)observância dos pressupostos objetivos para edição.

4.6.1 Natureza jurídica

A doutrina se divide quanto à natureza jurídica das medidas provisórias.

Parte entende que apresentam natureza de ato legislativo, haja vista a “força de lei” que lhe é característica desde a sua edição até sua conversão ou rejeição. Outra corrente entende tratar-se de ato administrativo, pois emanada de órgão com função administrativa e não legislativa. Há, ainda, quem sugira outras classificações, como ato político e normativo, com força de lei ou hipótese de automática delegação legislativa (TAVARES, 2017, p. 1079).

Parece mais acertada a conclusão feita por André Ramos Tavares (2017), de que, embora não provenientes do Poder Legislativo, não há como negar sua

³⁸ Esse cenário perdurou até a promulgação da Emenda Constitucional 32 de 2001, tema que será exposto adiante.

natureza legislativa, frente ao predicado de força de lei que ostenta desde o momento da sua edição até o final de sua vigência, quer seja pela sua conversão em lei *stricto sensu* (emanada do Congresso Nacional) ou pela sua rejeição.

Não deve-se olvidar que, diferentemente dos demais atos normativos que, em regra, mantêm-se vigentes até que sejam por outro ato revogados, a medida provisória tem prazo de vigência. Escoado este, ou se transforma em lei ordinária, ou perde a eficácia. Dessa forma, pode-se aplicar o que disse Pontes de Miranda (1987, p. 138) quando tratou do decreto-lei da Constituição de 1967: trata-se de uma espécie de “lei sob condição resolutiva”.

4.6.2 Pressuposto objetivos para edição

O texto constitucional de 1988 preconiza que as medidas provisórias são procedimentos legislativos excepcionais, somente podendo ser editados em casos de “relevância e urgência”, *ipsis literis*: “Art. 62. Em caso de **relevância e urgência**, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Esses procedimentos legislativos excepcionais são também conhecidos como limites formais à edição de medidas provisórias. O grande imbróglio reside justamente nesse ponto: o que são casos de relevância e urgência aptos a ativarem a competência legislativa extraordinária do chefe do Executivo?

Parte da doutrina e da jurisprudência passou a defender que os requisitos de relevância e urgência estavam reservados à esfera de discricionariedade do chefe do Executivo. Tese que, em que pese encontrar eco no ambiente jurídico e político pátrio, carece de arrimo constitucional. Permitir que o Presidente legisle de acordo com a sua discricionariedade do que venha a ser relevante e urgente é brindar ele com um cheque em branco para que preencha da maneira que bem entender. Evidentemente, acolher essa tese é conferir ao Executivo prerrogativas superiores aos dos demais poderes.

Nessa orientação são as ásperas e coerentes críticas do ilustre professor gaúcho Lenio Streck (2018, p. 376):

[...] a partir da tese de que a atribuição de sentido ao que fosse relevância e urgência estava reservada à esfera de discricionariedade (*sic*) do Presidente da República, tese absolutamente inconstitucional, porque conferia prerrogativa ao Poder Executivo acima de todos os demais Poderes, além de delegar ao Presidente da República um verdadeiro *skeptron* (cetro, da falade Homero), estabelecendo, arbitrariamente, o sentido às palavras *relevância* e *urgência*, donde se podem retirar medidas provisórias que vão desde aumento de vencimentos a funcionários públicos a alterações do Código de Processo Civil, isso para dizer o mínimo.

Assim, em um constitucionalismo democrático não é lícito que a atuação do chefe do Poder Executivo em atividade típica do outro Poder fique sujeita apenas ao seu juízo de discricionariedade. Como assevera Clève (2010), inobstante os conceitos sejam indeterminados, logo, insuscetíveis de completa e exata determinação *a priori*, um ensaio de precisão dos pressupostos para o provimento deve ser desenvolvido.

Os constitucionalistas Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2017, p. 811) afirmam que os requisitos relevância e urgência são aqueles mesmos comuns a todas as medidas cautelares. Assim, para que a edição da medida provisória esteja em consonância com os requisitos constitucionais “[...] há de ser configurada uma situação em que a demora na produção da norma possa acarretar dano de difícil ou impossível reparação para o interesse público”.

Aqui um aparte para repisar o já dito que a Constituição Italiana – de onde se buscou inspiração para as medidas provisórias – prevê que, para a edição do *decreto-legge*, faz-se imperiosa a presença dos requisitos de “necessidade e urgência”, porém também não os minudenciou. Tendo o legislador infraconstitucional, através da Lei n. 400 de 1988, determinando que no preâmbulo do ato sejam indicadas as circunstâncias extraordinárias de necessidade e urgência que justificam a sua edição (TAVARES, 2017, p. 1078).

No caso brasileiro, o Decreto n. 9.191, de 1º de novembro de 2017³⁹, determina em seu artigo 27, inciso III⁴⁰, que a exposição de motivos para um medida provisória deverá demonstrar os pressupostos de relevância e urgência. Destaca o dispositivo que esses requisitos devem ser evidenciados objetivamente, do que se infere que o Presidente deverá consignar as circunstâncias concretas a que se subsomem os requisitos constitucionais.

Por conseguinte, não restará demonstrado objetivamente a presença dos requisitos de relevância e urgência a mera menção a eles abstratamente ou a apresentação de conceitos jurídicos indeterminados, sem demonstrar a relação com o caso concreto ou, ainda, invocar circunstâncias abstratas que se prestariam a justificar qualquer outra situação.

Ainda, o referido decreto trouxe, em seu bojo, algumas questões que o Poder Executivo deve analisar quando da elaboração de ato normativos. No tocante às medidas provisórias apresentou as seguintes:

[...] 7. Deve ser proposta a edição de medida provisória? 7.1. O que acontecerá se nada for feito de imediato? 7.2. A proposta pode ser submetida ao Congresso Nacional sob a forma de projeto de lei em regime de urgência (art. 64, § 1º, da Constituição)? 7.3. Trata-se de matéria que pode ser objeto de medida provisória, tendo em vista as vedações estabelecidas no § 1º do art. 62 e no art. 246 da Constituição? 7.4. Estão caracterizadas a relevância e a urgência necessárias? 7.5. Em se tratando da abertura de crédito extraordinário, está atendido o requisito da imprevisibilidade? [...] 12.8. No caso de imposto instituído ou majorado por medida provisória, foi observado que o ato só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se aprovada a medida provisória até o último dia daquele exercício em que foi editada? [...] (BRASIL, 2017).

Conclui-se que o referido ato normativo, em que pese de origem do próprio Poder Executivo, foi acurado em exigir do chefe deste Poder providências prévias, objetivas e motivadas à edição de qualquer medida provisória. O que resta saber é se o mundo dos fatos está em harmonia com o mundo das normas em abstrato.

³⁹ O Decreto 9.191/2017 estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado.

⁴⁰ “Art. 27. A exposição de motivos deverá: [...] III - no caso de proposta de medida provisória, demonstrar, objetivamente, a relevância e a urgência; [...]” (BRASIL, 2017).

Ainda, por mais que possa parecer contraditório, os outorgantes dos textos constitucionais de 1967 e 1969, ao tratarem do decreto-lei, coloriam o requisito de relevância com o “interesse público”, algo que o constituinte de 1988 não o fez⁴¹. Assim, ao menos teoricamente, o chefe do Executivo, no período de afastada democracia, tinha que demonstrar o interesse público para exercer a função legislativa, o que a não é exigido pela Constituição democrática.

O requisito de relevância exigido pelo texto de 1988 pode ser outro que não o interesse público, como exemplifica o professor Gustavo Nicolau (2009, p. 119):

Já a Constituição de 1988 limitou-se a prever a relevância e a urgência, sem determinar sua referência. Não fixou se seria possível a edição de medidas provisórias em assuntos relevantes para o governo, para o bom relacionamento do Executivo com determinada camada da sociedade ou com o Congresso, por exemplo.

É evidente que a exigência, nos textos constitucionais da década de 60, do interesse público para expedição de decretos-leis não limitou em nada a atividade legislativa do governo, a qual foi exercida de maneira irrestrita.

Também não se pode olvidar que o texto constitucional não deve ser interpretado como norma isolada, mas, sim, de maneira sistêmica, sendo a Constituição um todo unitário. É a consagração do princípio da Unidade da Constituição, conforme definido por Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2017).

Igualmente, não se descarta que o interesse público deve estar presente em todos os atos de governo, pois como assevera o ilustre administrativista Celso Antônio Bandeira de Melo (2014), os princípios da supremacia do interesse público, juntamente com a sua indisponibilidade, são “pedras de toque do direito administrativo”.

⁴¹ “Art. 58 - O Presidente da República, em casos de urgência ou de **interesse público** relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias: [...]” (BRASIL, 1967, grifo nosso).

“Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de **interêsse público** relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sôbre as seguintes matérias: [...]” (BRASIL, 1969, grifo nosso).

4.4.2.1 Relevância

Clèmerson Clève (2010) destaca que a relevância não deve se cingir apenas à matéria a ser veiculada na medida provisória, mas também à situação ensejadora do provimento legislativo.

É certo que o estado de necessidade que reclama o texto constitucional não se confunde com a necessidade ordinária presente em boa parte dos processos legislativos conduzidos pelo Parlamento. Nas palavras de Clève (2010, p. 90), “[...] trata-se de relevância extraordinária, excepcional, especialmente qualificada, contaminada pela contingência, acidentalidade e imprevisibilidade”.

4.4.2.2 Urgência

O requisito de urgência permite melhor precisão conceitual que o de relevância. Está relacionado ao lapso temporal necessário para que a medida pretendida passe a produzir efeitos no mundo do jurídico, levando em consideração o contexto social em que incidirá. Como aduz Clève (2010, p. 955), “[...] relaciona-se com a inevitabilidade do provimento, que deve ser tal por impedir os meios ordinários. [...] Uma ação é urgente quando inadiável para alcançar determinado fim”.

O parâmetro para mensurar a urgência serão os prazos previstos na Constituição para o processo legislativo ordinário, inclusive o de regime de urgência. Se, analisando os prazos constitucionais dados ao Legislativo, o Presidente concluir que a medida pretendida será intempestiva, presente estará o pressuposto de urgência (CLÈVE, 2010).

Sérgio Resende de Barros (2002) propõe um critério eminentemente matemático. Fala o autor que o parâmetro deverá ser o processo legislativo sob regime de urgência. Este, ao ser solicitado pelo Presidente, vincula cada Casa do Legislativo a apreciar o projeto em 45 dias e mais 10 dias para a Câmara, caso haja emendas no Senado, o que totaliza 100 dias. Assim, haverá urgência que justifique a edição de uma medida provisória se a demanda não poder esperar 100 dias, que é o processo legislativo mais célere do Congresso.

Nesse sentido o já citado Decreto n. 9.191/2017, que determina que a exposição de motivos de uma medida provisória deverá ser acompanhada de parecer de mérito que conterà, entre outras matérias, “a demonstração das consequências do uso do processo legislativo regular” (BRASIL, 2017).⁴²

Na mesma toada do requisito anterior, a urgência não pode ser aquela ordinária, que pode suportar aguardar o processo legislativo comum. Se o objeto do ato puder aguardar a completa manifestação do Poder Legislativo, indevida (leia-se inconstitucional) será a edição do provimento pelo Executivo.

4.6.3 Efeitos

Da simples leitura do dispositivo constitucional extraem-se os efeitos da edição de uma medida provisória pelo Presidente da República, a saber: primeiro, inova no ordenamento jurídico, passando a ter força de lei desde a sua edição. E, segundo, provoca a atuação do Congresso Nacional, que terá prazo constitucional para a apreciação, sob pena de trancamento da pauta.

O efeito imediato de força de lei é o que confere extraordinários poderes ao Presidente. Em detrimento do processo legislativo, que demanda tempo, discussões e votações para que uma lei seja editada pelo titular ordinário da função legislativa; as medidas provisórias, mesmo produzidas por quem tem competência legiferante extraordinária, têm eficácia de imediato e com força de lei.

Ainda que as medidas provisórias sejam apreciadas pelo Poder Legislativo, podendo rejeitá-las, é certo que já produzem efeitos com força de lei desde a sua vigência, perdurando até o final do procedimento de deliberação do Congresso, o qual pode persistir por até 120 dias.

Digna de lembrança é a Proposta de Emenda à Constituição n. 511 de 2006 (BRASIL, 2006), a qual previa que a medida provisória apenas teria força de lei após aprovada a sua admissibilidade pela comissão do Congresso competente para examinar a sua constitucionalidade. Não exigia a efetiva conversão em lei, mas, sim,

⁴² “Art. 32. O parecer de mérito conterà: [...] VII - na hipótese de medida provisória ou de projeto de lei em regime de urgência, a análise das consequências do uso do processo legislativo regular” (BRASIL, 2017).

a sua admissibilidade por terem sido preenchidos os requisitos constitucionais (relevância e urgência).

A mesma PEC previa que, caso a medida provisória não fosse admitida pela comissão de constitucionalidade, seria convertida em projeto de lei em regime de urgência.

A proposta de emenda em tela mostrava-se consentânea com os princípios constitucionais democráticos de limitação de poderes, na medida em que restringia os poderes legislativos exorbitantes do Presidente e, principalmente, freava a atividade legislativa do Executivo ao arrepio dos pressupostos de relevância e urgência, não descurando das necessidades de rápida intervenção do governo nas demandas das modernas sociedades. Sempre confiando ao Parlamento a possibilidade de preservar a sua competência legislativa.

Consoante se extrai da tramitação legislativa do site oficial Câmara dos Deputados (BRASIL), a referida PEC foi arquivada em 2019.

4.6.4 Limites materiais

O estudo desse tema precisa ser feito considerando-se dois momentos, tendo como corte a Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001. Esta reformulou substancialmente a disciplina das medidas provisórias em várias aspectos, dentre eles as matérias suscetíveis de tratamento.

O constituinte originário foi deveras tímido ao tratar das medidas provisórias, tendo se restringido a um artigo com um parágrafo único, *in verbis*:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes. (BRASIL, 1988).

Como facilmente se observa, o texto constitucional não trouxe limitações materiais para o exercício da função legislativa extraordinária pelo Presidente da

República, apenas exigiu a presença dos pressupostos objetivo de relevância e urgência.

Por mais aberrante e paradoxal que possa parecer, nesse aspecto as medidas provisórias trazidas pelo Constituinte Originário de 1988 conferia maiores poderes arbitrários ao chefe do Poder Executivo que os decretos-leis de outrora.

Ora, as medidas provisórias foram desenhadas sem restrição quanto às matérias que poderiam tratar, já os decretos-leis continha tal limitação. A Carta de 1967 trazia a seguinte previsão:

Art. 58 - O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias: I - **segurança nacional**; II - **finanças públicas**. (BRASIL, 1967, grifo nosso).

Já a de 1969 tinha o seguinte texto:

Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias: I - **segurança nacional**; II - **finanças públicas**, inclusive normas tributárias; e III- **criação de cargos públicos e fixação de vencimentos**. (BRASIL, 1967, grifo nosso).

Até mesmo o odioso Ato Institucional 02, de 1965, que primeiramente previu a figura do decreto-lei depois da tomada do poder em 1964, preconizava que o Presidente poderia lançar mão desse expediente para tratar de segurança nacional, *in verbis*: “Art. 30 - O Presidente da República poderá baixar atos complementares do presente, bem como decretos-leis sobre matéria de segurança nacional” (BRASIL, 1965).

É bem verdade que o limites estabelecidos para os decretos-leis eram bastante subjetivos (segurança nacional), o que permitia o Executivo legislar sobre infinitas matérias e, ainda, o detentor do poder não mantinha irrestrita observância ao ditames constitucionais. Mas, ao menos teoricamente, os textos outorgados da década de 60 foram mais restritivos à atividade legiferante do Executivo que a Constituição de 1988.

Gustavo Rene Nicolau (2009) traz uma interessante e intrigante conclusão:

O art. 30 do Ato Institucional n. 2 [de 1965] possibilitava a edição de decretos-leis nos assuntos que envolvessem segurança nacional. A Constituição de 1967 ampliou esse âmbito, possibilitando a edição dessas espécies normativas para os casos de segurança nacional e finanças públicas. Em 1969, a Emenda nº 1 ampliou mais uma vez o leque, acrescentando os demais assuntos a expressa previsão de normas tributárias, criação de cargos públicos e fixação de vencimentos. [...] A Constituição de 1988 simplesmente não previu qualquer limitação material à edição de medidas provisórias.

A lacuna constitucional quanto à fixação de limites materiais ao exercício da atividade legiferante extraordinária pelo Executivo permitiu que se visse um derramamento de medidas provisórias, digno de governos totalitários. Da promulgação da Constituição de 1988 até sua reforma, em 2001, foram editadas o estonteante número de 2.230 medidas provisórias, das mais variadas matérias, consoante site oficial do Palácio do Planalto.

Frente a esse cenário do Presidente exercendo quase que livremente a função legislativa, o Poder Constituinte derivado manifestou-se em algumas oportunidades buscando delinear limites para as medidas provisórias. Em 1995, promulgou cinco Emendas à Constituição (n. 5, 6, 7, 8 e 9) afastando algumas matérias do âmbito de incidência das medidas provisórias. A EC n. 05 passou a vedar o uso de MP para tratar de gás canalizado. A de n. 8 proibiu o Presidente de tratar, mediante MP, sobre a concessão ou permissão de serviços de telecomunicações. A n. 9 impediu o uso de tal instrumento para tratar sobre o monopólio da União sobre o petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos. Já as de n. 6 e 7 vedam o uso de MP para regulamentar artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada a partir de 1995 (BRASIL, 1995).

Contudo, como tratavam-se de temas específicos, as referidas Emendas quase nada serviram para frear a praxe legislativa dos Presidentes. Foi somente a Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, que alterou substancialmente o tema.

Frisa-se que, muito embora o uso desmedido, a opção em trazer limites à edição de medidas provisórias não era tema uníssono nas Casas Legislativas, muito por conta da resistência do Executivo, tanto que a EC 32 teve sua proposta

protocolizada no Congresso em 1995 e tramitou por mais de seis anos até ser aprovada.

A EC 32/2001 dispôs um rol de matérias que são vedadas ao Presidente tratar mediante medidas provisórias. Assim ficou redigido o texto constitucional:

Art. 62 [...] § 1º 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 penal 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, § 3º; II – que vise a 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. (BRASIL, 1988).

Aliada à limitação explícita do § 1º do artigo 62, a doutrina fala em limitações implícitas ao seu uso⁴³. Apontando as vedações às lei delegadas como aplicáveis às medidas provisórias, sob o argumento de que, se é vedado ao Legislativo delegar tais matérias ao Executivo, com maior razão será a vedação a este Poder de legislar diretamente, sem nenhuma apreciação daquele (NICOLAU, 2009). Tratam-se das seguintes matérias:

Art. 68. [...] § 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

Dessa sorte, apenas treze anos após a promulgação da Constituição Cidadã que o Presidente viu-se limitado quanto às matérias em sua atividade legiferante.

⁴³ Antes mesmo da EC 32/2001, a doutrina já falava em limitações implícitas ao uso de medidas provisórias.

Assim, após 2001, as medidas provisórias passaram a ser balizadas pelos limites formais de relevância e urgência (já previstos) e agora também pelos limites materiais assentados no novel § 1º do artigo 62 da Constituição.

4.6.5 Procedimento para edição

O texto constitucional é silente no tocante à ritualística a ser observada pelo Presidente para edição de medidas provisórias. Apenas exige a observância dos limites formais (relevância e urgência) e materiais (matérias vedadas).

José Afonso Silva (2013, p. 534) assevera que, tecnicamente, não há processo legislativo no rito de elaboração das medidas provisórias, pois não há iniciativa, não há votação, nem sanção, nem veto, tampouco promulgação. Para o constitucionalista, há “mera edição” do ato que se dá com a publicação.

Tanto o texto originário de 1988, quanto o alterado pela EC 32/2001, determinam que a medida provisória entra em vigor desde a sua edição⁴⁴, com força de lei, devendo ser submetida ao escrutínio do Congresso Nacional de imediato. O imperativo constitucional deixa assente a natureza extraordinária da medida por parte do Executivo, a qual deverá em seguida ser apreciada pelo legítimo titular da função de inovar o ordenamento jurídico.

A peculiaridade entre o texto originário e o trazido pela EC 32/2001 é o período de eficácia da medida, o que, em face da importância, será tratado em tópico apartado.

4.6.6 Possibilidade de emenda no Parlamento

Nesse ponto encontra-se uma das poucas distinções entre os funestos decretos-leis e as medidas provisórias.

No rito dos decretos-leis, as atribuições do Poder Legislativo eram escassas; resumiam-se em aprovar ou rejeitar o ato, não podendo alterá-lo, emendá-lo.

⁴⁴ Ressalvada as normas tributárias, as quais, de acordo com art. 62, § 2º, aplicam-se os princípios da anterioridade do direito constitucional tributário.

Os textos constitucionais, tanto o de 1967 quanto de 1969, eram taxativos em vedar emendas ao texto por parte do Legislativo.⁴⁵ O Congresso funcionava como um mero homologador dos atos do Presidente.

O Constituinte de 1988 silenciou quanto à vedação e a reforma de 2001 deixou clara a possibilidade de emenda por parte do Poder Legislativo. A redação não é das melhores: “Art. 62 [...] § 12. Aprovado projeto de lei de conversão **alterando o texto original da medida provisória**, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Andou bem o constituinte nesse ponto.

Não se pode esquecer que o Poder Legislativo é que detém a competência precípua de inovar no ordenamento jurídico. O Executivo somente o faz de maneira excepcional. Então, nada mais razoável que dar aos representantes eleitos a possibilidade de deliberarem sobre a matéria e aprovarem-na da forma que melhor atender aos anseios dos representados.

4.6.7 Trancamento da pauta

Como foi tratado em capítulo próprio, uma das características mais marcantes do fenômeno do hiperpresidencialismo é a capacidade conferida ao Presidente para exercer a função legislativa, o que, no constitucionalismo brasileiro, se materializou outrora com os decretos-leis e, hoje, com as medidas provisórias.

Outro predicado que qualifica um sistema presidencial como hiperpresidencialista é a possibilidade do Executivo de definir a agenda do Poder Legislativo ou, como descreve Ronaldo Bastos (2020, p. 58), “[...] a capacidade de fazer com que alguns projetos de lei devam ser votados pelo Congresso em um tempo limitado, o que costuma chamar de leis de urgência”.

⁴⁵ “Art. 58 [...] Parágrafo único - Publicado, o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, **não podendo emendá-lo**; se, nesse prazo, não houver deliberação o texto será tido como aprovado” (BRASIL, 1967, grifo nosso).

“Art. 55 [...] § 1º Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, **não podendo emendá-lo**; se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido por aprovado” (BRASIL, 1969, grifo nosso).

Essa segunda qualidade também se vê presente na disciplina das medidas provisórias, pois ao Legislativo é dado o prazo exíguo de 45 dias para apreciação da medida:

Art. 62 [...] § 6º Se a medida provisória não for apreciada em até **quarenta e cinco dias** contados de sua publicação, entrará em regime de **urgência**, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando **sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas** da Casa em que estiver tramitando. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Assim, após o Presidente editar a medida provisória, deverá remeter de imediato ao Congresso, o qual terá 45 dias para rejeitar a medida ou convertê-la em lei, sob pena de ver sua rotina de trabalho alterada forçosamente.

O poder de o Presidente definir a agenda do Congresso fica evidente com a consequência da não apreciação da medida nos referidos 45 dias, a saber, a pauta do Parlamento restará trancada, ou seja, todas as demais deliberações das Casas Legislativas deverão ser sobrestadas até que se resolva o ato legislativo do Presidente.

É certo que, se o Presidente editar um grande número de medidas provisórias, a pauta do Parlamento será restrita à análise desse provimento.

Forma-se um ciclo vicioso de empoderamento do Presidente: quanto mais medidas provisórias ele editar, mais ele definirá a agenda do Parlamento e mais obstaculizará o exercício das atividades legislativas deste Poder.

Verdadeiramente e pragmaticamente falando, a punição pela exacerbada edição de medidas provisórias não recai sobre o seu autor, mas, sim, sobre o órgão que teve sua competência usurpada. Nessa perspectiva é o escólio de Gustavo Nicolau (2009, p. 146):

O ordenamento aguardou de 1937 até 2001 para regulamentar a expedição de normas primárias emanadas do Executivo. Governos autoritários e também democráticos serviram-se desse expediente que, no mínimo, mitiga a separação de poderes. [...] Quando finalmente se encontra ambiente político para a rigorosa regulamentação do trâmite de medidas provisórias, a punição pelo exagero da edição dessas normas é imposta justamente no Poder Legislativo. É o Congresso que ficará impedido de trabalhar na hipótese (muito comum) de não haver acordo para votação na medida em menos de 45 dias.

É inconteste que a atividade legislativa do Executivo, em um constitucionalismo democrático, deve ser excepcional e sempre fiscalizada pelo real titular da função, no que anda bem o texto constitucional em determinar a apreciação imediata das medidas provisórias pelo Congresso. No entanto, sua vigência imediata com força de lei, independente da análise do cumprimento de seus requisitos, e a vinculação do Congresso à sua análise em um curto espaço de tempo, dão gritantes notas de superempoderamento ao Presidente em detrimento do Parlamento, caracterizando o hiperpresidencialismo.

4.6.8 Eficácia temporal

Como já mencionado, as medidas provisórias têm eficácia imediata, com força de lei desde o momento de sua edição. O ponto que se pretende tratar agora é seu *dies ad quem*, ou seja, até quando uma medida provisória produz efeitos no mundo jurídico. A já citada Emenda Constitucional n. 32 de 2001 alterou substancialmente esse tema.

O texto original da Constituição de 1988 previa que “as medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de 30 dias a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes” (BRASIL, 1988).

Assim, podia-se inferir que o prazo de vigência de uma medida provisória seria de 30 dias, a partir de sua edição, ultrapassado esse prazo a medida estaria rejeitada. Seria uma espécie de revogação tácita. Parte da doutrina seguiu por esse entendimento.

Contudo, a “alquimia jurídica”, como define o grande professor Lenio Streck (2018), criou entendimento de que o texto constitucional prevê vigência de 30 dias para a medida provisória, porém não vedou sua reedição, logo, aquelas não votadas pelo Congresso poderiam ser reeditadas infinitas vezes, subvertendo a lógica da Constituição ao transformar um provimento de caráter provisório em permanente.

Esse foi o entendimento seguido pelo Congresso Nacional⁴⁶ e corroborado pelo Supremo Tribunal Federal em diversos julgados⁴⁷, o que, inclusive, acarretou em edição de Súmula Vinculante de sua jurisprudência de número 54: “A medida provisória não apreciada pelo Congresso Nacional podia, até a Emenda Constitucional 32/2001, ser reeditada dentro do seu prazo de eficácia de trinta dias, mantidos os efeitos de lei desde a primeira edição” (BRASIL, 2006).

Frente à reiterada leniência do Congresso em analisar as medidas provisórias editadas, antes de expirado o trintídio constitucional, o Presidente reeditava o ato. Algumas MP foram reeditadas dezenas de vezes, até que o Congresso as apreciasse e as rejeitasse ou as convertesse em lei. Em regra, esta última era a decisão tomada, haja vista todas as relações jurídicas que já haviam se formado.

Cá se mostra mais uma vez o caráter absolutista no qual as medidas provisórias foram desenhadas no texto constitucional originário de 1988 (pelas razões que se tratou no capítulo próprio).

Apilhando a eficácia imediata com força de lei com o espectro irrestrito de matérias e a possibilidade de vigerem por tempo indeterminado, tem-se uma ferramenta digna de governos totalitários ou, na perspectiva do estudo em tela, governos hiperpresidencialistas.

Como assevera Caio Tácito (2018, p. 37), ao comentar a Constituição de 1988, “a amplitude ilimitada de cabimento das medidas provisórias conduziu, aliás, à frequência de sua utilização pelo Presidente da República, com intensidade que se equipara, ou mesmo excede, à dos decretos-leis”.

⁴⁶ “Respondendo a consulta da Mesa do Congresso sobre a constitucionalidade e juridicidade da reedição de medida provisória que tenha perdido a eficácia, o Parecer nº 1, de 1989, da Comissão Mista, da lavra do Dep. Nelson Jobim, firmou entendimento conclusivo sobre a legitimidade da renovação” (TÁCITO, 2018, p. 37).

⁴⁷ Precedentes da Súmula Vinculante nº 54: RE 593002 Publicação: DJe nº 116 de 15/06/2012; RE 592315 AgR Publicação: DJe nº 66 de 07/04/2011; AI 321629 AgR Publicação: DJ de 06/10/2006; AI 452837 AgR Publicação: DJ de 15/10/2004; ADI 2150 Publicação: DJ de 29/11/200;2 ADI 1617 Publicação: DJ de 07/12/2000; RE 227464 Publicação: DJ de 28/04/2000; RE 232896 Publicação: DJ de 01/10/1999; RE 231630 AgR Publicação: DJ de 24/09/1999; RE 239287 AgR Publicação: DJ de 24/09/1999; ADI 1612 Publicação: DJ de 18/06/1999; ADI 1647Publicação: DJ de 26/03/1999 (BRASIL).

Frente aos abusos praticados pelo Presidente, o Congresso aprovou a já comentada Emenda Constitucional n. 32, em 2001, a qual deu ares mais democráticos ao provimento legislativo extraordinário, enaltecendo a sua característica congênita de provisionalidade⁴⁸.

O novel texto constitucional de 1988 prevê que a medida provisória terá vigência de 60 dias (§ 3º), prorrogáveis por igual período (§ 7º) e, se não forem convertidas em lei nesse período, perderão a eficácia desde a sua edição, ou seja, com efeitos *ex tunc* (§ 3º), não sendo possível a sua reedição na mesma seção legislativa que foi rejeitada ou que perdeu sua eficácia (§ 10).

Assim, a medida provisória passa a ter dois destinos: apreciada pelo Congresso, que a converterá em lei ou a rejeitará, ou a sua revogação tácita caso transcurso o prazo constitucional sem a manifestação do Poder Legislativo.

Aqui um aparte para pontuar uma diferença substancial entre a medida provisória e o decreto-lei. Aquela, se não for apreciada no prazo constitucional, perderá a eficácia, há a chamada revogação tácita. Este, em caso de omissão do Poder Legislativo no interregno de 60 dias, será tido por aprovado, é a aprovação tácita⁴⁹.

Segundo a Resolução n. 01 de 2002 do Congresso Nacional, que dispõe sobre a apreciação das medidas provisórias, essa prorrogação é automática (artigo 10), logo, na prática, o período de vigência de uma medida provisória será de 120 dias. Podendo esse prazo ser dilatado, haja vista ser suspenso durante o recesso do Congresso (§ 4º).

⁴⁸ Quando da edição da EC 32/2001, algumas MPs estavam em vigência, tendo optado o constituinte derivado em mantê-las até que fossem renovadas futuramente ou até a deliberação definitiva do Congresso Nacional (artigo 2º da EC 32/2001). Ocorre que em torno de cinquenta medidas provisórias não foram revogadas e o Congresso não as analisou. Assim, tem-se em vigência medidas provisórias com mais de duas décadas de edição, sem nunca terem sido tratadas pelo Poder Legislativo, as quais encontram-se com o *status* de “em tramitação” (BRASIL). São medidas provisórias que não são mais provisórias e se eternizaram.

⁴⁹ “Art. 58 [...] Parágrafo único - Publicado, o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de **sessenta dias**, não podendo emendá-lo; **se, nesse prazo, não houver deliberação o texto será tido como aprovado**” (BRASIL, 1967, grifo nosso).

“Art. 55 [...]§ 1º Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de **sessenta dias**, não podendo emendá-lo; **se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido por aprovado**” (BRASIL, 1969, grifo nosso).

No caso de recesso parlamentar, houve retrocesso com a nova redação dada pela EC 32/2001, pois o texto original determinava que o Congresso deveria ser convocado extraordinariamente em cinco dias para apreciar a medida. Agora, o prazo para análise é suspenso, permitindo que o ato legislativo extraordinário perdure por mais tempo.

A não conversão da medida provisória em lei pelo Congresso gera uma situação complexa, no que tange à segurança jurídica. Como a medida tem força de lei e entra em vigor de imediato, produzindo efeitos por significativo espaço de tempo, e a sua rejeição pelo Legislativo ou caducidade pelo decurso do tempo produz efeitos *ex tunc* (desde a edição), resta a problemática das relações jurídicas erigidas durante a sua vigência.

O atual texto constitucional buscou sanar esse imbróglio determinando que o Congresso discipline, por meio de decreto legislativo, as relações jurídicas construídas com base na medida provisória rejeitada ou que perdeu a eficácia. E, caso não o faça, as relações jurídicas e os atos praticados durante a vigência da medida continuarão sendo por ela regidos (§ 3º e § 11).

Lenio Streck (2018, p. 377) entende que essa última solução apontada é incompatível com a Constituição, pois não seria crível que uma medida provisória já rejeitada pelo Parlamento continuasse a produzir efeitos.

A produção de efeitos mesmo após a rejeição da medida se assemelha, em certa medida, com a disciplina dos decretos-leis trazida na Carta de 1969, a qual previa que a sua rejeição não nulificaria os atos praticados durante a sua vigência. Ou seja, tais atos continuariam a ser regidos pelo decreto-lei rejeitado.⁵⁰

Com o atual texto constitucional, não há mais que se falar em medidas provisórias com vigência indeterminada, contudo, o espaço de tempo em que produzirá efeitos é significativo, podendo ultrapassar quatro meses⁵¹ e, evidentemente, criando inúmeros direitos e obrigações durante toda a sua vigência.

⁵⁰ “Art. 55 [...] § 2º A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência”. (BRASIL, 1969).

⁵¹ O Congresso Nacional conta com dois recessos, um de quarenta dias (de 23 de dezembro a 01 de fevereiro) e outro de quatorze dias (de 18 a 31 de julho). Assim, o período de vigência de uma medida provisória pode chegar a cento e sessenta dias.

Esse ponto exige uma reflexão além de teórica, pragmática. Exigir do Congresso uma análise mais célere de uma medida provisória causaria um trancamento maior ainda da pauta. Conferir a vigência apenas após a conversão em lei, não atenderia aos objetivos da medida de urgência. Talvez a proposta encampada pela Emenda Constitucional n. 511, de 2006, seria uma solução parcimoniosa ao exigir que a medida provisória apenas tenha força de lei após aprovada pela comissão do Congresso, incumbida de examinar a sua constitucionalidade, ou seja, de analisar se os requisitos de relevância e urgência estão presentes. Seria possível a fixação de um prazo mais estreito, pois a deliberação seria mais célere, já que não exauriente, mas apenas de admissibilidade, e não implicaria em trancamento da pauta de toda a Casa, haja vista ser matéria a ser tratada no âmbito das comissões.

4.6.9 Controle legislativo

Tratando-se a atividade legislativa de função precípua do Parlamento, seu exercício pelo Poder Executivo deve ser controlado pelo titular da função.

Diferentemente de uma lei delegada, em que o controle pelo Legislativo é prévio, na medida provisória o controle dá-se apenas *a posteriori*, quando o provimento já está produzindo efeitos.

Ao apreciar a medida, o Poder Legislativo terá dois caminhos a trilhar: rejeitá-la, o que implica na perda da sua eficácia, ou aprová-la e convertê-la em lei (§ 3º do artigo 62). Assim, após a EC 32/2001, a medida provisória passou a ter vigência temporal pré-estabelecida. Para que a matéria continue a produzir efeitos no mundo jurídico, é forçoso que o Poder Legislativo a converta em lei ordinária. Logo, a medida provisória torna-se realmente provisória (a frase parece um trocadilho pífio, mas, outrora, as medidas provisórias nada tinham de provisórias).

Preceito interessante trazido pela EC 32/2001 é o previsto no § 5º do artigo 62, que determina que, antes da Câmara e do Senado deliberarem sobre o mérito da medida provisória, deverão realizar juízo de admissibilidade analisando o atendimento aos pressupostos constitucionais de relevância e urgência. Andou bem aqui o constituinte ao deixar assente a necessidade de observância dos requisitos formais

da medida legislativa extraordinária, como nítido objetivo de frear a edição de atos pelo Presidente em situações que comportariam o processo legislativo ordinário, ao arrepio do texto constitucional.

O Congresso, ao examinar a medida, exercerá o juízo político (conveniência e oportunidade da medida) e também jurídico (observância dos requisitos legais). Devendo este ser prejudicial àquele.

Porém, como evidencia Clève (2010), o Poder Legislativo mantém-se negligente quanto ao exercício do controle jurídico das medidas provisórias, convertendo em lei atos do Presidente de duvidosa constitucionalidade, haja vista a ausência de relevância e, menos ainda, de urgência.

Nesse diapasão, fica notável a influência do Presidente no seio de Poder Legislativo, que, nesse caso, dá-se pela formação de coalizões. É a materialização do que denomina Sérgio Abranches (1988) de “presidencialismo de coalizão”.

Assim, o Presidente é dotado de supinos poderes na medida em que edita atos normativos primários, com força imediata de lei, e vincula a agenda do Congresso à análise desses atos. Não bastasse, coalizões são formadas no Parlamento, as quais referendam os atos legislativos do Presidente, mesmo que carentes de lastro constitucional.

4.6.10 Controle judicial

Sempre foi motivo de acaloradas discussões a sindicabilidade das medidas provisórias, ou seja, a possibilidade de o Poder Judiciário exercer juízo sobre a decisão do Presidente em editar o provimento de urgência.

Sendo a medida provisória um ato normativo primário – com a peculiaridade da temporariedade – está sujeita ao controle de constitucionalidade a ser exercido pelo Poder Judiciário, como qualquer outro ato normativo. Assim, não resta dúvida que é dado ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade – abstrato ou concreto – quanto às matérias disciplinadas através de medidas provisórias, bem como em relação aos seus limites materiais.

O debate reside na possibilidade ou não de o Poder Judiciário – nesse caso, o Supremo Tribunal Federal – avaliar se no caso concreto suscitado pelo Presidente da República estão presente os requisitos constitucionais de relevância ou urgência.

Nesse contexto, a Suprema Corte tem sido bastante comedida, furtando-se da análise da presença dos requisitos de relevância e urgência.

A jurisprudência se firmou já há longa data no sentido de que a avaliação dos pressupostos de relevância e urgência é tema de caráter político, ligado à discricionariedade do Presidente da República, não cabendo ao Poder Judiciário adentrar nessa matéria, sob pena de indevida invasão de competências do Poder Executivo.⁵²

Entende o Supremo que, apenas excepcionalmente, é possível adentrar na análise dos pressupostos de relevância e urgência da medida, quando a falta de tais requisitos possa ser aferida objetivamente. Nessa hipótese seria possível o controle quando a inexistência fosse gritante e houvesse nítido abuso do poder de legislar⁵³.

Desta sorte, pelo entendimento sedimentado na Corte Suprema, o controle dos requisitos de relevância e urgência é disciplina política, estando sujeito ao juízo de discricionariedade do Presidente da República no momento da edição da medida provisória. Posteriormente, o Congresso Nacional irá analisar se a medida será convertida em lei ou não e antes de adentrar no mérito da medida, deverá realizar juízo de admissibilidade sobre o atendimento das exigências de relevância e urgência. Ao Poder Judiciário somente é dado adentrar no controle dos pressupostos constitucionais se a análise puder ser feita de modo objetivo, estando flagrante a sua ausência e o abuso do poder de legislar do Presidente.

A fim de ilustrar, transcreve-se trecho do Informativo nº 764 do Supremo Tribunal Federal, no qual traz o entendimento firmado, em 23/10/2014, na ADI 4627/DF, na ADI 4350/DF e no ARE 704520/SP:

O Colegiado, inicialmente, afastou alegação segundo a qual as Medidas Provisórias 340/2006 e 451/2008 — que deram origem aos dispositivos

⁵² ADI 4.049; ADI 162; ADI 1516-8; ADI 2736; ADI 1753; ADI 1849; ADI 1754; RE 592377 (BRASIL).

⁵³ ADI 4.049; ADI 162; ADI 1516-8; ADI 2736; ADI 1753; ADI 1849; ADI 1754; RE 592377 (BRASIL).

impugnados — não teriam atendido os requisitos constitucionais de relevância e urgência (CF, art. 62), o que levaria à sua inconstitucionalidade formal. **Consignou que, apesar de a conversão da medida provisória em lei não prejudicar o debate acerca do atendimento dos referidos requisitos, sua análise seria, em princípio, um juízo político a cargo do Poder Executivo e do Congresso Nacional, no qual, salvo nas hipóteses de notório abuso — incorrente no caso —, não deveria se imiscuir o Poder Judiciário.** (BRASIL, 2014, grifo nosso).

Extraí-se da jurisprudência do Supremo raros casos em que a Corte se manifestou pela inconstitucionalidade de uma medida provisória por falta de atendimento aos pressupostos de relevância e urgência⁵⁴.

O professor Clèmerson Clève (2010) critica a postura omissa da Suprema Corte no que tange ao controle dos pressupostos formais para edição das medidas provisórias, repetindo a postura adotada quando dos decretos-leis:

Em relação ao controle dos pressupostos autorizadores da medida provisória, a postura do Supremo Tribunal Federal tem sido, lamentavelmente, **tímida**. Temia-se que, neste particular, a Excelsa Corte reproduzisse o entendimento adotado por ocasião dos antigos decretos-leis. Deveras, no contexto da Constituição de 1967, a Suprema Corte Federal manifestou-se no sentido de que “os pressupostos de urgência e relevante interesse público escapam ao controle do Poder Judiciário”, por envolverem, afinal, questão política. Com a Constituição de 1988, a Corte Constitucional poderia rever o entendimento. Foi assim que, em 1989, o Supremo em *leading case*, conferindo matriz à posição anterior, **admitiu o controle dos pressupostos da medida provisória, apenas nas hipóteses de excesso do poder de legislar, diante de abuso manifesto do juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República** (CLÈVE, 2010, p. 218-219, grifo nosso).

Lamentável a postura adotada pela Suprema Corte.

A Constituição foi taxativa em estabelecer que o Presidente somente editará medidas provisórias em caso de relevância e urgência. Não há como dar interpretação no sentido de que esses requisitos tenham tão somente caráter político e não jurídico. São conceitos dotados de carga de objetividade suficiente transcendendo a mera discricionariedade política.

Exemplificando, nem mesmo fazendo o maior exercício de hermenêutica possível consegue-se visualizar a presença dos requisitos de relevância e urgência na Medida Provisória n. 2.049-22, de 28 de agosto de 2000, que transformou o cargo

⁵⁴ ADI 1910/DF; ADI 1753/DF.

especial de Advogado Geral da União em Ministro de Estado. Ou na Medida Provisória nº 207, de 13 de agosto de 2004, que transformou o cargo de Presidente do Banco Central do Brasil em Ministro de Estado.

Ambas as Medidas Provisórias citadas foram questionadas perante a Corte Constitucional (Inquérito 1.660-DF e ADIs 3289 e 3290), contudo, o Supremo não se manifestou pela inconstitucionalidade por falta dos pressupostos formais para as medidas.

Ainda, para deixar mais patente o abuso por parte do Presidente e a leniência do Supremo Tribunal Federal no controle da edição de medidas provisórias, destaca-se que as duas medidas citadas não se restringiram a elevar o *status* de determinados cargos da Presidência da República. De maneira transversa, o Presidente tratou de matéria processual penal, pois a partir do momento em que a norma prevê que determinadas autoridades são investidas em cargo de Ministro de Estado, passam a gozar de foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal⁵⁵.

Não se olvidando que direito processual penal é matéria expressamente vedada de ser tratada mediante MP após a redação dada pela EC 32 de 2001 ao artigo 62⁵⁶.

4.7 USO DESMEDIDO

Objeções à parte no tocante à legitimidade da previsão constitucional das medidas provisórias, certo é que o seu uso deve dar-se em situações extremas. A regra é que o ordenamento jurídico seja inovado ou alterado através do legítimo detentor do poder de legislar, e apenas nos casos que a espera pelo processo

⁵⁵ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os **Ministros de Estado** e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; [...] (BRASIL, 1988, grifo nosso).

⁵⁶ “Art. 62 [...] § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: [...] b) direito penal, **processual penal** e processual civil; [...]” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

legislativo possa causar dano é que o Executivo poderá criar direitos e obrigações gerais e abstratas aos cidadãos, ou seja, legislar.

Compulsando a biblioteca legislativa das medidas provisórias já editadas, observa-se o uso desmedido do instrumento por partes dos Presidentes da República, ao arrepio dos pressupostos objetivos trazidos pela Constituição, quais sejam: relevância e urgência.

Adentrando nessa seara de discussão não se pode olvidar do princípio basilar do Estado Democrático de Direito, a saber, o princípio da legalidade. Por esse princípio não é permitido o administrador atuar senão nos estreitos limites traçados pela lei. Conforme a máxima oriunda do direito inglês: “No Estado de Direito quer-se o governo das leis, e não o dos homens; impera a *rule of law, not of men*” (MELO, 2014, p. 105).

A Carta Política de 1988 trouxe o festejado princípio da legalidade em seu catálogo de direitos e garantias fundamentais, a saber: “Art. 5º [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988).

Pelo princípio da legalidade, corporifica-se a soberania popular: todo poder emana do povo e os governantes apenas representam a vontade da sociedade nos limites estabelecidos pela lei, a qual é redigida pelos representantes eleitos para esse fim: o Poder Legislativo. O Poder Executivo, por sua vez, fica adstrito a administrar o Estado com fiel e incontestada obediência às leis.

Desse forma, o princípio da legalidade dirige-se a todos os poderes, mas merece destaque quanto à sua incidência sobre o Poder Executivo, haja vista que esse, historicamente, é levado a exorbitar o poder e criar regimes absolutistas. Há vastos exemplos na história brasileira.

Nessa toada, Celso Antônio Bandeira de Melo (2014, p. 105) discorre sobre o princípio da legalidade e a sua importância para evitar governos despóticos:

No Brasil, o princípio da legalidade, além de assentar-se na própria estrutura do Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional com um todo, está radicado especialmente nos art. 5º, II, 37, caput e 84, IV da Constituição Federal. Estes dispositivos atribuem ao princípio em causa uma postura muito estrita e rigorosa, não deixando válvula para que o Executivo se evada

de seus grilhões. É, aliás, o que convém a um país de tão acentuada tradição autocrática, despótica, na qual o Poder Executivo, abertamente ou através de expediente *pueris* – cuja pretensa juridicidade não iludiria sequer a um principiante –, viola de modo sistemático direitos e liberdade públicas e tripudia à vontade sobre a repartição de poderes.

Fazendo uma simples digressão observa-se que razão assiste ao autor supracitado. Tem-se no Brasil uma história política farta de episódios em que o chefe do Poder Executivo arvora-se no poder, em detrimento dos demais poderes, do estado democrático e da soberania popular, à guisa de exemplo: 1937, 1967, 1969.

Desta sorte, um Estado que se pretende denominar democrático de direito deve obediência irrestrita à legalidade escrita. Como já dito alhures: *rule of law, not of men*.

Bandeira de Melo (2014) leciona que, em situações excepcionais, graves ou urgentes, o princípio da legalidade pode sofrer restrições transitórias. Tratam-se de hipóteses expressamente previstas no texto constitucional, com o procedimento metodicamente desenhado. Isso ocorre em hipóteses nas quais a Constituição permite ao Presidente da República adotar providências incomuns às relacionadas às suas funções, a fim de enfrentar situações anômalas, excepcionais, que carecem de atuação sumamente ágil ou eventos gravíssimos que requerem atuação enérgica. O ilustre administrativista pontua que são os casos tão somente das medidas provisórias, da decretação de estado de defesa e do estado de sítio.

Assim, é verdadeiro inferir que, em situações excepcionais, os particulares podem ser obrigados a fazer ou deixar de fazer alguma coisa também em virtude de medida provisória ou decretos que instituem estado de defesa ou estado de sítio, mitigando o princípio da legalidade estrita (art. 5º, II, da CF). Porém, tal obrigação somente ocorre em caráter excepcional e nos estritos casos previstos na Lei Maior.

Nesse sentido, o princípio da legalidade está umbilicalmente ligado à separação de poderes, já que a atividade independente e harmônica entre estes só pode ocorrer na medida em que cada qual atue dentro da esfera de atribuições inerentes ao seu poder.

Como detalhado no tópico anterior, o hodierno texto constitucional exige, para edição de medidas provisórias, a presença de dois pressupostos, quais sejam: relevância e urgência.

Nesse contexto, vale repisar as lições de Clèmerson Clève (2010, p. 88): “embora indeterminadas, e por isso insuscetíveis de determinação *a priori*, um ensaio de precisão dos pressupostos da medida provisória deve ser tentado”. Nesse caminho, propõe os seguintes conceitos:

A **relevância** demandante de sua adoção não comporta satisfação de interesses outros que não os da sociedade. A relevância há, portanto, de vincular-se unicamente à realização do interesse público. De outro ângulo, a relevância autorizadora da deflagração da competência normativa do Presidente da República não se confunde com a ordinária, desafiadora do processo legislativo comum. Trata-se, antes, de relevância extraordinária, excepcional, especialmente qualificada, contaminada pela contingência, acidentabilidade, imprevisibilidade. [...] **Urgência** relaciona-se com a indeferibilidade do provimento, que deve ser tal por impedir o emprego de meios ordinários. Como urgência, está-se indicando perigo de dano, a probabilidade de manifestar-se evento danoso; enfim, a situação de periculosidade exigente de *ordinanza extra ordinem* (CLÈVE, 2010, p. 89-98, grifo nosso).

Assim, pode-se inferir que a edição de medidas provisórias apenas estará em sintonia com o texto constitucional se apresentar-se em um cenário de relevante interesse público extraordinário e que transcenda aquele que tem o condão de motivar o processo legislativo ordinário e, ainda, qualificado pela urgência de sua adoção, haja vista o perigo de dano caso a medida não seja adotada de imediato.

Dessa sorte, se a matéria a ser apreciada não é dotada de extraordinária relevância ou se é, mas pode aguardar o processo legiferante do Parlamento, será abusivo o uso da medida provisória.

Agora, analisando o instituto das medidas provisórias sob a ótica da estrita legalidade que está sujeito o governante, aliado ao princípio da separação dos poderes, facilmente constata-se o abuso de seu uso pelo Presidente da República.

Desde a promulgação da Constituição de 1988 até 31 de dezembro de 2021, foram editadas 1.714 medidas provisórias originárias, ou seja, desconsiderando as reedições ocorridas quando da disciplina constitucional anterior à EC 32/2001. Se considerar-se as reedições, esse número aumenta exponencialmente, haja vista

algumas MPs terem sido reeditadas dezenas de vezes, criando um paradoxal ato provisório permanente.

Destaca-se que o abuso no uso não é prerrogativa deste ou daquele Presidente. Todos o utilizaram e utilizam de forma desmedida.

A fim de comprovar o afirmado realizou-se uma pesquisa no Portal da Legislação constante no site oficial da Presidência da República, da qual se construiu a tabela 1 abaixo contendo a relação do número de medidas provisórias editadas por cada Presidente, sob a égide da Constituição de 1988.

Tabela 1 – Medidas provisórias originárias editadas

Presidente	Nº de MPs editadas ⁵⁷
José Sarney 15/03/1985 a 15/03/1990	125
Fernando Collor de Mello 15/03/1990 a 29/12/1992	89
Itamar Franco 29/12/1992 a 01/01/1995	142
Fernando Henrique Cardoso 01/01/1995 a 01/01/1998	160
Fernando Henrique Cardoso 01/01/1999 a 01/01/2003	103 antes EC/32 102 após EC/32
Luiz Inácio Lula da Silva 01/01/2003 a 01/01/2007	240
Luiz Inácio Lula da Silva 01/01/2007 a 01/01/2011	179
Dilma Rousseff 01/01/2011 a 01/01/2015	145
Dilma Rousseff 01/01/2015 a 31/08/2016 ⁵⁸	59
Michel Temer 31/08/2016 a 01/01/2019 ⁵⁹	144
Jair Bolsonaro 01/01/2019 a 31/12/2021 ⁶⁰	226

Fonte: Portal da Legislação do Planalto.

⁵⁷ Não se computam as MPs reeditadas.

⁵⁸ Afastada do cargo em 12/05/2015.

⁵⁹ Assumiu interinamente o cargo em 12/05/2015.

⁶⁰ Data do fechamento da pesquisa.

Um dado interessante que pode-se extrair da tabela apresentada é que a restrição material trazida pela Emenda Constitucional 32/2001 não teve o condão de reduzir o número de provimentos de emergência do Presidente. A tabela 2 abaixo retrata esse fato.

Tabela 2 – Número de Medidas Provisórias originárias antes e depois da EC 32/2001

Período	Nº de MPs
Anterior à EC nº 32/2001	619
Posterior à EC nº 32/2001	1.095

Fonte: Portal da Legislação do Planalto

Bem verdade que a EC 32/2001 deu cabo à abjeta prática de reedições infundadas do provimento presidencial emergencial, contudo, mesmo restringindo as matérias suscetíveis, não foi apta a frear a atividade legiferante do Presidente da República.

Lembrando que, como tratado anteriormente, a interpretação dada ao texto constitucional originário de que as medidas provisórias poderiam ser reeditadas ilimitadamente pelo Presidente conduziu a um cenário de atos que deveriam ser provisórios tornarem-se permanentes.

Perquirindo o histórico legislativo constante no portal da legislação do Planalto, infere-se que muitas das medida provisória que deveriam ter vigência de 30 dias foram reeditadas dezenas de vezes, abandonando o caráter de provisoriedade.

O auge das reedições da medidas provisórias deu-se justamente no período anterior à EC 32/2001, momento em que o uso arbitrário pelo Presidente estava deturpando sobremaneira a prática legiferante do Estado. Segue tabela produzida que retrata o afirmado.

Tabela 3 – Medidas Provisórias reeditadas

Presidente	Nº de MPs Reeditadas
José Sarney	22
Fernando Collor de Mello	70
Itamar Franco	363
Fernando Henrique Cardoso	2.449
Fernando Henrique Cardoso	2.587

Fonte: Portal da Legislação do Planalto.

Durante o presente estudo, em várias oportunidades afirmou-se que os Presidentes da República utilizavam de maneira desmedidas do instituto das medidas provisórias, convertendo-se em próprios legisladores. O número de medidas provisórias editadas já tem o condão de confirmar essa afirmação.

Mas, ainda, a fim de deixar clara essa prática exacerbada, fez-se um cálculo do número de dias que cada Presidente esteve no exercício do cargo e dividiu-se pelos número de medidas provisórias editadas, chegando-se à razão da média de quantos dias uma medida provisória era e é inserida no mundo jurídico.

Tabela 4 – Espaço de tempo médio que cada Presidente editou uma medida provisória

Presidente	Espaço de tempo
José Sarney	14,60 dias
Fernando Collor de Mello	10,47 dias
Itamar Franco	5,78 dias
Fernando Henrique Cardoso	8 dias
Luiz Inácio Lula da Silva	6,97 dias
Dilma Rousseff	9,59 dias
Michel Temer	6,69 dias
Jair Bolsonaro	4,84 dias

Fonte: Portal da Legislação do Planalto

Os dados produzidos deixam evidente que, em média, não se passaram quinze dias sem a edição de um provimento de urgência pelo chefe do Executivo. A maioria deles não respeitou o interregno de uma semana.

Para demonstrar o destino das medidas provisórias editadas sob a égide da Constituição de 1988, procedeu-se a tabulação a seguir, distinguindo os períodos anteriores e posteriores à Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001.

Tabela 5 – Destino das medidas provisórias anteriores à EC/32/2001⁶¹

	Editadas	Reeditadas	Convertidas em lei	Rejeitadas	Revogadas ou consideradas sem eficácia	Em tramitação
José Sarney	125	22	96	09	08	00
Fernando Collor de Mello	89	70	74	11	13	00
Itamar Franco	142	363	71	00	20	00
Fernando Henrique Cardoso	160	2.449	130	01	15	00
Fernando Henrique Cardoso ⁶²	103	2.587	98	01	06	49
TOTAL	619	5.491	469	22	62	49

Fonte: Portal da Legislação do Planalto.

Tabela 6 – Destino das medidas provisórias posteriores à EC/32/2001⁶³

	Editadas	Convertidas em lei	Rejeitadas	Perderam eficácia	Revogada e revogadora	Projeto de lei de conversão vetado pelo Presidente	Em tramitação
Fernando Henrique Cardoso ⁶⁴	102	84	14	03	00	01	00
Luiz Inácio Lula da Silva	240	220	10	08	02	00	00
Luiz Inácio Lula da Silva	179	149	07	17	06	00	00
Dilma Rousseff	145	108	00	36	01	00	00
Dilma Rousseff	59	43	01	11	04	00	00
Michel Temer	144	81	03	55	04	01	00
Jair Bolsonaro	226	94	02	82	06	00	45
TOTAL	1.095	779	37	212	23	2	45

Fonte: Portal da Legislação do Planalto.

⁶¹ De 05/10/1988 a 11/09/2001.

⁶² Antes de 11 de setembro de 2001.

⁶³ De 11/09/2001 a 31/12/2021.

⁶⁴ Após 11 de setembro de 2001.

O poder constituinte derivado, ao editar a EC 32/2001, teve por escopo dar cabo à atividade legislativa descomedida do chefe do Executivo, tendo sido muito profícuo em proibir que os atos provisórios do Presidente fossem editados e reeditados inúmeras vezes, perdurando no ordenamento jurídico permanentemente e sem a análise do Parlamento. Contudo, não logrou êxito em frear a edição de medidas provisórias. Como se pode observar nas tabelas 4, 5 e 6, o Executivo-legislador não se intimidou com as restrições impostas pela EC 32/2001.

Para dar sequência a essa linha de trabalho, faz-se mister apresentar a produção legislativa do legítimo titular dessa atividade. Assim, compilou-se quantitativamente as emendas à Constituição, as leis ordinárias e complementares editadas pelo Congresso Nacional em cada mandato presidencial. No tocante às leis ordinárias, dividiu-se em leis genuinamente oriundas do Parlamento e leis de conversão, que são aquelas utilizadas para converter medidas provisórias em leis, conforme passou a determinar o texto constitucional após a EC 32/2001⁶⁵.

Tabela 7 – Produção legislativa do Congresso Nacional em cada mandato presidencial desde a edição da EC 32/2001

Presidente	EC	Leis Compl.	Leis Ordinárias (exceto as de conversão de MPs)	Leis Ordinárias de conversão de MPs
Fernando Henrique Cardoso	08	04	275	84
Luiz Inácio Lula da Silva	14	08	598	220
Luiz Inácio Lula da Silva	14	15	789	149
Dilma Rousseff	17	10	593	108
Dilma Rousseff	07	06	165	43
Michel Temer	08	05	420	81
Jair Bolsonaro	15	00	406	94
TOTAL	83	48	3.246	779

Fonte: Portal da Legislação do Planalto

⁶⁵Doravante, utilizar-se-á como corte temporal a data de edição da EC 32, qual seja, 11 de setembro de 2001, haja vista ser o regramento jurídico vigente até então.

Assim, desde a vigente disciplina das medidas provisórias (após 2001), o Congresso Nacional editou 4.025 leis ordinárias, sendo que 779 foram leis de conversão de medidas provisórias e 3.246 leis genuinamente originárias do Parlamento.

Para legitimar o que vem se afirmando durante esse trabalho, de que a prática legiferante do Presidente extrapola os limites de suas funções, adentrando afervoradamente na esfera de atribuições do Poder Legislativo, apresenta-se um comparativo percentual das medidas provisórias em relação ao total de leis ordinárias editadas pelo Congresso Nacional em cada mandato presidencial.

Tabela 8 – Percentual de medidas provisórias em relação às leis ordinárias

Presidente	Leis Ordinárias (total) ⁶⁶	MPs	% de MPs em relação às Leis Ordinárias
Fernando Henrique Cardoso	359	102	28,41%
Luiz Inácio Lula da Silva	818	240	29,34%
Luiz Inácio Lula da Silva	938	179	19,08%
Dilma Rousseff	701	145	20,68%
Dilma Rousseff	208	59	28,37%
Michel Temer	501	144	28,74%
Jair Bolsonaro	500	226	45,20%
TOTAL	4.025	1.095	27,20%

Fonte: Portal da Legislação do Planalto.

Os números deixam claro que a atividade legislativa do Presidente corresponde, em média, a mais de vinte sete por cento (27,20%) da produção de leis ordinárias pelo Congresso Nacional. Ou seja, a atividade excepcional do Poder Executivo representa mais de um quarto da atividade ordinária do Poder Legislativo.

Essa razão fica ainda mais disforme se desconsiderar-se as leis ordinárias que são fruto de conversão de medidas provisórias, ou seja, se considerar-se apenas

⁶⁶ Utilizam-se as leis ordinárias como parâmetro, haja vista que, após a EC 32/2001, o texto constitucional deixou assentado que medidas provisórias só podem tratar de matérias sujeitas a essa espécie normativa. Ainda, não se olvidando que, como demonstrado na tabela 5, leis ordinárias correspondem à quase totalidade de produção legislativa do Poder Legislativo.

as leis ordinárias genuinamente elaboradas pelo Poder Legislativo. A tabela 9 abaixo apresenta esse quadro.

Tabela 9 – Percentual de MPs em relação às leis ordinárias genuinamente oriundas do Poder Legislativo

	Leis Ordinárias (exceto as de conversão)	MPs	% de MPs
Fernando Henrique Cardoso	275	102	37,09%
Luiz Inácio Lula da Silva	598	240	40,13%
Luiz Inácio Lula da Silva	789	179	22,69%
Dilma Rousseff	593	145	24,45%
Dilma Rousseff	165	59	35,76%
Michel Temer	420	144	34,29%
Jair Bolsonaro	406	226	55,67%
TOTAL	3.246	1.095	33,73%

Fonte: Portal da Legislação do Planalto.

Essa última análise retrata melhor a atividade legislativa do Presidente da República em relação ao Congresso Nacional. Desconsiderando as leis ordinárias que o Parlamento aprovou fruto de conversão de medidas provisórias, tem-se que a atividade legiferante do Poder Executivo, para casos excepcionais de relevância e urgência, corresponde a mais de um terço (33,73%) da atividade legislativa precípua do Poder Legislativo.

Ainda, a próxima tabulação de dados mostra a relação em que o ordenamento jurídico pátrio é inovado na proporção entre o Poder Legislativo, através de leis ordinárias (genuínas), e o Executivo, através de medidas provisórias.

Tabela 10 – Proporção entre leis ordinárias e medidas provisórias após a EC 32/2001

	Leis Ordinárias (exceto as de conversão)	MPs
Fernando Henrique Cardoso	72,94%	27,06%
Luiz Inácio Lula da Silva	71,36%	28,64%
Luiz Inácio Lula da Silva	81,51%	18,49%
Dilma Rousseff	80,35%	19,65%
Dilma Rousseff	73,66%	26,34%

Michel Temer	74,47%	25,53%
Jair Bolsonaro	64,24%	35,76%
TOTAL	74,78%	25,22%

Fonte: Portal da Legislação do Planalto.

A criação de direitos e obrigações é atividade, por excelência, do Poder Legislativo, contudo, no sistema brasileiro, mais de um quarto (25,22%) das normas editadas com esse condão são oriundas do Poder Executivo, a qual, pela letra da Constituição, deveria dar-se apenas em casos de relevância e urgência.

Como já apresentado, após a edição da EC 32/2001, as medidas provisórias passaram a ter vigência de 60 dias, prorrogáveis por igual período, devendo o Congresso apreciá-las, podendo rejeitá-las ou convertê-las em leis ordinárias. Caso o Poder Legislativo não as analise no prazo estipulado, a MP perderá eficácia desde a sua edição.

Os dados compilados na tabela 6 deixam claro o quanto o Poder Legislativo é omissivo no controle da atividade legislativa excepcional do Executivo, deixando este em proeminência frente àquele. Das 1.095 medidas provisórias editadas sob a égide do atual texto constitucional, apenas 37 foram rejeitadas pelo Congresso Nacional.

A omissão do Congresso é ainda mais evidente se considerar-se a análise dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, exigidos pelo texto constitucional para edição de uma medida provisória. Na próxima tabela, apresenta-se o quantitativo de MPs rejeitadas preliminarmente por ausência dos requisitos objetivos e as rejeitadas no mérito.

Tabela 11 – Motivo da rejeição pelo Congresso Nacional após a EC 32/2001

Presidente	Rejeitadas (total)	Rejeitadas (mérito)	Rejeitadas (falta de pressupostos de relevância e urgência)
Fernando Henrique Cardoso	14	14	00
Luiz Inácio Lula da Silva	10	06	04
Luiz Inácio Lula da Silva	07	04	03
Dilma Rousseff	00	00	00
Dilma Rousseff	01	00	01
Michel Temer	03	00	03

Jair Bolsonaro	02	01	01
TOTAL	37	25	12

Fonte: Portal da Legislação do Planalto

Como pode-se observar, das 37 medidas provisórias, apenas 12 foram por falta de pressupostos de relevância e urgência.

À guisa de exemplos, seguem algumas medidas provisórias em que a ausência dos requisitos de relevância e urgência é ululante, as quais foram referendadas pelo Congresso Nacional:

- Medida Provisória nº 1.014, de 4/12/2020: dispõe sobre a organização básica da Polícia Civil do Distrito Federal.
- Medida Provisória nº 980, de 10/6/2020: cria o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações e o Ministério das Comunicações.
- Medida Provisória nº 923, de 2/3/2020: altera a Lei n. 5.768, de 20 de dezembro de 1971 e dispõe sobre a distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concurso, a título de propaganda, e estabelece normas de proteção à poupança popular.
- Medida Provisória nº 918, de 3/1/2020: cria funções de confiança destinadas à Polícia Federal e extingue cargos em comissão.
- Medida Provisória nº 893, de 19/8/2019: transforma o Conselho de Controle de Atividades Financeiras na Unidade de Inteligência Financeira.
- Medida Provisória nº 866, de 20/12/2018: autoriza a criação da empresa pública NAV Brasil Serviços de Navegação Aérea S.A.
- Medida Provisória nº 858, de 23/11/2018: dispõe sobre a extinção da empresa binacional Alcântara Cyclone Space.
- Medida Provisória nº 843, de 5/7/2018: estabelece requisitos obrigatórios para a comercialização de veículos no Brasil, institui o Programa Rota 2030 - Mobilidade e Logística e dispõe sobre o regime tributário de autopeças não produzidas.

- Medida Provisória nº 840, de 5/6/2018: cria cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS.
- Medida Provisória nº 837, de 30/5/2018: institui indenização ao integrante da Carreira de Policial Rodoviário Federal.
- Medida Provisória nº 791, de 25/7/2017: cria a Agência Nacional de Mineração e extingue o Departamento Nacional de Produção Mineral.
- Medida Provisória nº 782, de 31/5/2017: estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios.
- Medida Provisória nº 771, de 29/3/2017: transforma a Autoridade Pública Olímpica - APO na Autoridade de Governança do Legado Olímpico - AGLO e dá outras providências.
- Medida Provisória nº 764, de 26/12/2016: dispõe sobre a diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público, em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado.
- Medida Provisória nº 758, de 19/12/2016: altera os limites do Parque Nacional do Jamanxim e da Área de Proteção Ambiental do Tapajós.
- Medida Provisória nº 714, de 1/3/2016: extingue o Adicional de Tarifa Aeroportuária.
- Medida Provisória nº 708, de 30/12/2015: autoriza a União a reincorporar os trechos de rodovias federais transferidos aos Estados e ao Distrito Federal.
- Medida Provisória nº 696, de 2/10/2015: extingue e transforma cargos públicos e dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios.
- Medida Provisória nº 691, de 31/8/2015: dispõe sobre a administração, a alienação, a transferência de gestão de imóveis da União e seu uso para a Constituição de fundos.
- Medida Provisória nº 671, de 19/3/2015: institui o Programa de Modernização da Gestão e de Responsabilidade Fiscal do Futebol Brasileiro, dispõe sobre a gestão temerária no âmbito das entidades desportivas profissionais e dá outras providências.

- Medida Provisória nº 657, de 13/10/2014: reorganiza as classes da Carreira Policial Federal, fixa a remuneração dos cargos que as integram e dá outras providências.
- Medida Provisória nº 650, de 30/6/2014: dispõe sobre a reestruturação da Carreira Policial Federal e sobre a remuneração da Carreira de Perito Federal Agrário.
- Medida Provisória nº 647, de 28/5/2014: dispõe sobre a adição obrigatória de biodiesel ao óleo diesel comercializado ao consumidor final e dá outras providências.
- Medida Provisória nº 639, de 21/3/2014: autoriza o Banco Central do Brasil a alienar à Companhia de Desenvolvimento Urbano da Região do Porto do Rio de Janeiro S.A. - CDURP os imóveis que especifica.
- Medida Provisória nº 632, de 24/12/2013: dispõe sobre remuneração das Carreiras e dos Planos Especiais de Cargos das Agências Reguladoras, das Carreiras e do Plano Especial de Cargos do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, das Carreiras e do Plano Especial de Cargos do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, da Carreira de Perito Federal Agrário, das Carreiras do Hospital das Forças Armadas, da Fundação Nacional do Índio – FUNAI.
- Medida Provisória nº 586, de 8/11/2012: dispõe sobre o apoio técnico e financeiro da União aos entes federados no âmbito do Pacto Nacional pela Alfabetização na Idade Certa e dá outras providências.
- Medida Provisória nº 558, de 5/1/2012: dispõe sobre alterações nos limites dos Parques Nacionais da Amazônia, dos Campos Amazônicos e Matinguari, das Florestas Nacionais de Itaituba I, Itaituba II e do Crepori e da Área de Proteção Ambiental do Tapajós.
- Medida Provisória nº 559, de 2/3/2012: autoriza a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - ELETROBRAS a adquirir participação na Celg Distribuição S.A. - CELG D.

- Medida Provisória nº 520, de 31/12/2010: autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares S.A. - EBSEH e dá outras providências.
- Medida Provisória nº 518, de 30/12/2010: disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito.
- Medida Provisória nº 488, de 12/5/2010: autoriza a criação da Empresa Brasileira de Legado Esportivo S.A. - BRASIL 2016.
- Medida Provisória nº 434, de 4/6/2008: dispõe sobre a estruturação do Plano de Carreiras e Cargos da Agência Brasileira de Inteligência - ABIN, cria as Carreiras de Oficial de Inteligência, Oficial Técnico de Inteligência, Agente de Inteligência e Agente Técnico de Inteligência e dá outras providências.
- Medida Provisória nº 415, de 21/1/2008: proíbe a comercialização de bebidas alcoólicas em rodovias federais.
- Medida Provisória nº 403, de 26/11/2007: dispõe sobre o exercício da atividade de franquia postal.
- Medida Provisória nº 375, de 15/6/2007: fixa a remuneração dos cargos e funções comissionadas da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.
- Medida Provisória nº 366, de 26/4/2007: dispõe sobre a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mende.
- Medida Provisória nº 352, de 22/1/2007: dispõe sobre os incentivos às indústrias de equipamentos para TV Digital.
- Medida Provisória nº 263, de 20/10/2005: institui abono aos militares das Forças Armadas.
- Medida Provisória nº 158, de 23/12/2003: dispõe sobre a criação do Plano Especial de Cargos da Agência Brasileira de Inteligência – ABIN.

- Medida Provisória nº 147, de 15/12/2003: institui o Sistema Nacional de Avaliação e Progresso do Ensino Superior e dispõe sobre a avaliação do ensino superior.
- Medida Provisória nº 83, de 12/12/2002: dispõe sobre a concessão da aposentadoria especial ao cooperado de cooperativa de trabalho ou de produção.
- Medida Provisória nº 82, de 07/12/2002: dispõe sobre a transferência da União para os Estados e o Distrito Federal de parte da malha rodoviária sob jurisdição federal.
- Medida Provisória nº 76, de 25/10/2002: dispõe sobre a instituição de equipe de transição pelo candidato eleito para o cargo de Presidente da República.
- Medida Provisória nº 43, de 25/6/2002: dispõe sobre a remuneração dos cargos da Carreira de Procurador da Fazenda Nacional.
- Medida Provisória nº 13, de 11/12/2001: cria o cargo de Secretário de Estado de Comunicação de Governo.
- Medida Provisória nº 5, de 17/10/2001: institui feriados civis nos Estados que especifica.

Essas são algumas das tantas medidas provisórias editadas pelos chefes do Poder Executivo e referendadas pelo Parlamento, as quais mesmo o leigo pode inferir que os requisitos de relevância e urgência passaram ao largo.

Frisa-se que está se desconsiderando as medidas editadas antes da EC 32/2001. Neste período, os exageros eram ainda mais gritantes, inclusive crimes foram criados e penas cominadas através do provimento de urgência do Presidente (MPs 10/1988⁶⁷; 153/1990⁶⁸; 156/1990⁶⁹), afrontando veemente o princípio basilar do

⁶⁷ “Constitui crime, punível com pena de reclusão de três meses a um ano a pesca mediante a utilização de: a) explosivos ou substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante e b) substâncias tóxicas” (BRASIL).

⁶⁸ Define os crimes de abuso do poder econômico. (BRASIL).

⁶⁹ Define crimes contra a Fazenda Pública. (BRASIL).

direito penal, qual seja, da reserva legal⁷⁰. Nesse mesmo sentido, a ainda vigente prisão temporária foi criada mediante medida provisória (MP 111/1989), tendo posteriormente sido convertida em lei pelo Congresso Nacional (Lei n. 7.960/89).

Ainda, o famigerado sequestro das cadernetas de poupanças deu-se através de um ato legislativo do Presidente da República, como descrevem Daniel Sarmiento e Souza Neto (2012, p. 141):

Em 15 de março de 1990, Collor tomou posse e, logo no dia seguinte, no afã de combater a inflação, edita a Medida Provisória nº 168, que continha o chamado “Plano Collor”, decretando a indisponibilidade, por 18 meses, dos ativos financeiros em valor superior a cinquenta mil cruzados novos. Tratava-se de violenta medida de sequestro de poupança, de duvidosa constitucionalidade, que gerou uma inundação de ações judiciais na Justiça Federal, mas em relação à qual o STF, apesar de devidamente provocado, optou por se omitir.

Fica evidente a deturpação do sistema quando se observa que se tornou praxe que o aumento anual do salário mínimo se dê por meio de medida provisória. Ao invés de o Presidente enviar um projeto de lei para o Congresso sobre o tema, ele edita uma medida provisória (MPs 1.021/2021, 919/2020, 672/2015, 516/2010, 475/2009, 474/2009, 456/2009, 421/2008, 362/2007, 291/2006, 248/2005, 182/2004, 116/2003, 35/2002).

A mesma via transversa é utilizada para conceder aumento da remuneração de vários cargos vinculados à Presidência da República (MPs 971/2020, 765/2016, 657/2014, 650/2014, 632/2013, 441/2008, 440/2008, 401/2007, 357/2007, 305/2006, 212/2004, 187/2004, 43/2002, 42/2002).

Outra práxis que se observa é o Presidente criar, extinguir e organizar cargos, empregos, funções, órgãos e ministérios da Presidência através de medidas provisórias, nada obstante essa matéria seja reservada à lei ordinária (art. 48, X e XI, da CF), de iniciativa do chefe do Executivo (art. 61, II, “a” e “e” da CF).

No mesmo sentido são os programas de governo, os quais, mesmo livres de qualquer urgência, são implementados diretamente através de MPs para posterior exame do Congresso Nacional. O rol é extenso: MP 1.077/2021 (Programa Internet

⁷⁰ “Art. 5º [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;” (BRASIL, 1988).

Brasil); MP 1.070/2021 (Programa Nacional de Apoio à Aquisição de Habitação para Profissionais da Segurança Pública); MP 1.064/2021 (Institui o Programa de Venda em Balcão, com o objetivo de promover o acesso do pequeno criador de animais ao estoque público de milho); MP 996/2020 (Programa Casa Verde e Amarela); MP 843/2018 (Programa Rota 2030); MP 802/2017 (Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado); MP 793/2017 (Programa de Regularização Tributária Rural); MP 783/2017 (Programa Especial de Regularização Tributária); MP 751/2016 (Programa Cartão Reforma); MP 727/2016 (Programa de Parcerias de Investimentos); MP 680/2015 (Programa de Proteção ao Emprego); MP 671/2015 (Programa de Modernização da Gestão e de Responsabilidade Fiscal do Futebol Brasileiro); MP 652/2014 (Programa de Desenvolvimento da Aviação Regional); MP 621/2013 (Programa Mais Médicos); MP 535/2011 (Programa de Apoio à Conservação Ambiental e o Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais); MP 491/2010 (Programa Cinema Perto de Você); MP 459/2009 (Programa Minha Casa, Minha Vida); MP 393/2007 (Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária); MP 384/2007 (Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRONASC); MP 251/2005 (Projeto Escola de Fábrica); MP 235/2005 e 213/2004 (Programa Universidade para Todos – PROUNI); MP 200/2004 (Programa de Subsídio à Habitação de Interesse Social); MP 197/2004 (Programa de Modernização do Parque Industrial Nacional – Modermaq); MP 140/2003 (Programa Nacional de Financiamento da Ampliação e Modernização da Frota Pesqueira Nacional); MP 139/2003 (Programa de Complementação ao Atendimento Educacional Especializado aos Portadores de Deficiência); MP 132/2003 (Programa Bolsa Família); MP 108/2003 (Programa Nacional de Acesso à Alimentação - "Cartão Alimentação"); MP 63/2002 (Programa Diversidade na Universidade); MP 21/2002 (Auxílio-Aluno no âmbito do Projeto de Profissionalização dos Trabalhadores de Enfermagem), entre outras.

Uma ponderação faz necessária. É evidente que existem programas ou ações de governos que se amoldam com excelência aos requisitos de relevância e urgência, por exemplos, aqueles durante calamidades públicas ou durante a pandemia da COVID-19. Contudo, observa-se que programas e ações de governo que poderiam (e deveriam) passar pelo crivo prévio do Poder Legislativo, através do

ordinário processo legislativo, haja vista a ausência de urgência, são implementados diretamente através de medidas provisórias.

Algumas medidas provisórias são utilizadas escrachadamente para burlar o texto constitucional, como aquelas que autorizam a criação de empresas públicas e sociedade de economia mista. Estas, segundo o texto constitucional, somente podem ser criadas após autorizadas por lei (lei *stricto sensu*, ou seja, oriunda do Congresso)⁷¹. Para ludibriar essa restrição, os chefes do Executivo editam uma medida provisória autorizando a União a criar uma empresa pública (como o caso das MPs 866/2018, 791/2019, 520/2010, 518/2010, 488/2010 e 145/2003).

Pelo princípio da simetria, o Executivo também depende de autorização legislativa para alienar ou extinguir uma empresa pública. De igual sorte, escamoteando-se da regra, o Presidente edita uma medida provisória autorizando a União a esse fim (MPs 858/2018 e 639/2014).

A criação de empresas subsidiárias de empresas públicas e sociedade de economia mista também dependem de autorização do Poder Legislativo⁷². Como não era de se estranhar, o Presidente autoriza mediante MP a criação ao arrepio do texto constitucional (MPs 443/2008 e 121/2003).

Com o perdão do trocadilho, é a União autorizando a própria União.

Nessa mesma toada de entes da administração indireta, a Constituição (art. 37, XIX) determina que as autarquias sejam criadas diretamente por lei (lei *stricto sensu*), o Executivo, para manipular essa regra, faz a criação da autarquia através de medida provisória com força de lei (MP 893/2019 e 791/2017).

Tem-se vastos exemplos do governo autorizando a si mesmo, como no caso da MP nº 450 de 2008, na qual o Presidente autorizou a União a participar de Fundo de Garantia a Empreendimentos de Energia Elétrica e a repassar ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES recursos captados junto ao Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento - BIRD. Ou como

⁷¹ “Art. 37 [...] XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação” (BRASIL, 1988).

⁷² “Art. 37 [...] XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;” (BRASIL, 1988).

no caso da MP 429/2008, que autorizou a União a participar em Fundo de Garantia para a Construção Naval. No mesmo sentido a MP 357/2007, que autorizou a renegociação dos créditos da União e da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobrás – junto à Itaipu Binacional; a MP 334/2006, que autorizou a Superintendência da Zona Franca de Manaus a efetuar doação de área ao Governo do Estado do Amazonas; a MP 159/2003, que autorizou o Poder Executivo a conceder subvenção econômica à Companhia de Navegação do São Francisco, entre tantas outras.

Em verdade, observa-se que essa prática de editar medida provisória em detrimento de enviar projeto de lei para o Congresso se tornou comum no âmbito do Poder Executivo Federal para as mais variadas matérias.

Muito embora o Presidente possa encaminhar projeto de lei com pedido de urgência – o que também pode acarretar o trancamento da pauta do Congresso (art. 64, § 1º e 2º) – ele só terá eficácia após aprovado pelo Poder Legislativo, diferentemente da medida provisória que tem vigência imediata, podendo somente a *posteriori* ser rejeitada pelo Congresso.

Nessa prática de editar medidas provisórias sobre temas que o Presidente deveria submeter por meio de projeto de lei para deliberação ordinária do Poder Legislativo, este se torna um órgão para referendar as “leis” editadas pelo Executivo.

Além dos amplos poderes constitucionalmente assegurados ao Presidente, seu uso exacerbado e livre de controle culminam ainda mais com a proeminência do Executivo frente ao Legislativo, o que se trata nesse trabalho de hiperpresidencialismo. Como muito bem leciona o professor André Ramos Tavares (2017, p. 1118):

Em parte, é imperioso também concordar com sua conclusão de que o Presidente, no Brasil, é poderoso não porque usurpe funções primárias do Poder Legislativo, mas porque a Constituição de 1988, em sua partilha de funções, concebeu um modelo de exacerbação presidencial. A exceção à tese está no uso abusivo das medidas provisórias, que se converteram em uma nova e oblíqua via de controle, manipulação e inviabilização da pauta legislativa própria do Parlamento.

Com o rito estabelecido pela EC 32/2001, boa parte da pauta do Congresso se resume a examinar os provimentos legislativos do Presidente da República. E,

ainda, com a possibilidade de trancamento da pauta se a análise não se der no interregno de 45 dias.

A mesma emenda constitucional, com o fito de dar cabo às reedições ilimitadas das medidas provisórias, determinou que o Congresso as analise no prazo de 60 dias prorrogáveis por igual período. Escoando esse prazo sem a conversão em lei, a MP perde sua eficácia.

O objetivo da norma de tentar impedir a perpetuidade de uma MP é louvável, porém gerou outro problema, a insegurança jurídica.

Como se sabe, a medida provisória emerge com força de lei produzindo efeitos de imediato e assim permanece até que o Parlamento a converta em lei, rejeite-a ou ocorra a perda de eficácia pelo decurso do tempo. Assim, uma medida provisória vem ao mundo jurídico criando direitos e obrigações, perdura por um tempo e pode simplesmente perder a eficácia. Não há como negar a insegurança jurídica aos destinatários da norma.

A tabela 12 abaixo demonstra a maneira como o Congresso Nacional vem tratando, em cada mandato presidencial, as medidas provisórias desde a edição da Emenda Constitucional 32/2001.

Tabela 12 – Percentual de conversão em lei, rejeição e perda de eficácia após a EC 32/2001

Presidente	Conversão	Rejeição	Perda de eficácia
Fernando Henrique Cardoso ⁷³	82,35%	13,73%	2,94%
Luiz Inácio Lula da Silva	91,67%	4,17%	3,33%
Luiz Inácio Lula da Silva	83,24%	3,91%	9,50%
Dilma Rousseff	74,48%	0,00%	24,83%
Dilma Rousseff	72,88%	1,69%	18,64%
Michel Temer	56,25%	2,08%	38,19%
Jair Bolsonaro ⁷⁴	51,93% ⁷⁵	1,10% ⁷⁶	45,30% ⁷⁷
TOTAL	71,14%	3,38%	19,36%

Fonte: Portal da Legislação do Planalto

⁷³ Após 11/09/2001.

⁷⁴ Até 31/12/2021.

⁷⁵ Desconsideradas as 45 MPs que estão em tramitação.

⁷⁶ Desconsideradas as 45 MPs que estão em tramitação.

⁷⁷ Desconsideradas as 45 MPs que estão em tramitação.

Como se pode facilmente observar, o número de medidas provisórias que perderam a eficácia é grande e bastante variável a depender do chefe do Executivo, oscilando entre 2,94% a 45,30%.

Essa grande oscilação de perda de eficácia pode ser atribuída a dois fatores: um objetivo e outro subjetivo.

O primeiro, objetivo – que seria invocado por quem fizesse uma análise superficial do tema – é a grande quantidade de medidas provisórias editadas, o que inviabilizaria o exame em tempo pelo Congresso. Contudo esse fator, muito embora influente, não justifica o grande número de MPs que perderam a eficácia. Comparando a tabela 6 e com a 12, verifica-se que os Presidentes que mais editaram ato de urgência foram Luiz Inácio Lula da Silva e Jair Bolsonaro, porém, a perda de eficácia nos dois mandatos de Lula foi de 3,33% e de 9,50%, respectivamente, enquanto nos três anos do governo de Bolsonaro, a perda da eficácia está em 45,30%. Logo, o grande número de MPs não é fator preponderante para que o Congresso não as analise em tempo hábil.

O fator que efetivamente acarreta maior ou menor perda de eficácia das MPs é de cunho subjetivo, qual seja, o alinhamento do Presidente com o Congresso.

Como já demonstrado, o Congresso é bastante omissivo em rejeitar os atos do Presidente. Assim, quando os parlamentares não desejam que a MP continue a vigor, deixam de fazer a sua análise no prazo exigido, culminado com a perda de eficácia.

Ao invés de tomar a medida impopular de rejeitar o ato do Presidente, o Congresso queda-se inerte e deixa que o provimento perca sua eficácia, como afirma Clèmerson Merlin Clève (2010, p. 216, grifo nosso):

Não se desconhece que a questão do abuso é delicada, envolvendo múltiplas dimensões, como [...] a inexistência de coesão partidária e a convivência da maioria eventual instalada no Legislativo, **maioria que prefere, muitas vezes, não votar a medida provisória para não assumir eventual ônus político decorrente de normativa impopular.**

Um aparte para destacar que esse cenário se subsume ao fenômeno do presidencialismo de coalizão, cunhado pelo cientista político Sérgio Abranches (1988)

e tratado anteriormente. O Presidente forma coalizões no Parlamento para ver seus atos legislativos aprovados.

Esse quadro, criado de um ato legislativo que nasce com força de lei e efeitos imediatos, porém podendo simplesmente perder a eficácia em virtude da – muitas vezes, deliberada – omissão do Congresso, cria um contexto de inegável insegurança no ordenamento jurídico e nas relações sociais.

Destaca-se, por fim, que a EC 32/2001 passou a determinar que o Congresso Nacional discipline, por decreto legislativo, as relações jurídicas decorrentes das medidas provisórias que perderem a eficácia (art. 62, § 3º da CF) e, caso não o faça, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência continuarão a ser por ela regidas (art. 62, § 11 da CF). O comando constitucional serviu para regular eventual vácuo normativo, porém não afasta o cenário de insegurança jurídica que se cria.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desiderato desse estudo foi trazer à discussão a crítica sobre o constitucionalismo democrático. Teve-se por mote de pesquisa a divisão dos Poderes do Estado no sistema de governo presidencialista e as suas atribuições, em especial dos Poderes Executivo e Legislativo.

A organização dos Poderes e, principalmente, as suas limitações são *conditio sine qua non* de um Estado que se intitula Democrático de Direito. E a sua razão de existência não se cinge ao constitucionalismo, mas, sim, no próprio poder constituinte, manifestação da democracia substancial. Nesse sentido, o presente estudo destinou sua fase inicial a uma revisão teórica sobre constitucionalismo democrático e sua relação com a repartição de Poderes de um Estado.

O empoderamento de um Poder em detrimento de outros conduz a governos despóticos e maceram a democracia. Assim, incumbe ao constitucionalismo redigir a equilibrada divisão dos poderes, a fim de impedir que o autoritarismo se estabeleça. Logo, ganha relevo a discussão sobre os sistema de governos.

Os sistemas de governo presidencialista e parlamentarista, em síntese, podem ser definidos e diferenciados pela maneira como os Poderes Executivo e Legislativo se relacionam. Naquele, há plena independência entre os poderes e a figura do chefe de Governo e chefe de Estado são concentradas na mesma pessoa. Neste, as funções de chefe de Governo e chefe de Estado são exercidas por pessoas distintas e a independência entre os poderes é deveras mitigada, pois o chefe de Governo é escolhido pelo Parlamento e deve responsabilidade a ele, podendo ser retirado do cargo caso sua política de governo não se alinhe com o Poder Legislativo.

O sistema presidencialista de governo teve sua gênese com a Constituição norte-americana de 1787, a qual primou pela rígida divisão dos Poderes, seguindo a doutrina de Montesquieu. Contudo, acresceu algumas funções atípicas aos Poderes e um sistema mais atuante de controle – de freios e contrapesos – inexistentes no proposto pelo político e filósofo francês.

Muitos criticam esse sistema de governo por entender que o Presidente é dotado de poderes em demasia, desequilibrando a equânime repartição de poderes do Estado, chamando-o de regime de um homem só.

O constitucionalismo brasileiro seguiu a teoria norte-americana e, com raras exceções, estabeleceu em sua história constitucional o sistema de governo presidencialista. Porém, com algumas peculiaridades que se explicam com a análise história.

A nação brasileira nasceu como um Império (1822), ou seja, um estado unitário e com os poderes concentrados no Imperador, diferentemente dos Estados Unidos que, com a independência da coroa Britânica (1776), surgiu sob um modelo republicano, federalista e presidencialista.

Com o advento da República do Brasil (1889), importou-se o modelo norte-americano, criando-se uma federação sob o sistema de governo presidencialista. Contudo, a federação não seguiu o padrão do constitucionalismo que serviu de inspiração. Os poderes continuaram concentrados no ente central, qual seja, a União. Grande parte das competências legislativas permaneceu com a União, bem como a maior parte dos tributos, além de inúmeros bens, muitos desses de exploração sob o regime de monopólio. Restou para os demais entes federados diminutas competências e recursos, mantendo-se dependentes do ente central. Esse pacto federativo centralizado observa-se até os dias de hoje.

No tocante a sistema de governo, a República dos Estados Unidos do Brasil reproduziu o presidencialismo norte-americano, contudo, com a separação dos poderes não tão bem equilibrada. Os traços da monarquia foram herdados pelo novo sistema, conferindo ao chefe de Estado e de Governo elevados poderes.

Essa peculiaridade do presidencialismo brasileiro, de conferir altivos poderes ao Presidente da República, fez-se presente ao longo da história constitucional brasileira, desenhando um sistema hiperpresidencialista.

O fenômeno do hiperpresidencialismo se apresenta quando o direito constitucional posto confere ao Executivo, na figura do Presidente, elevados poderes em detrimento dos demais, em especial do Legislativo.

O hiperpresidencialismo brasileiro mostra sua maior expressão com o instituto das medidas provisórias. Por meio destas, é dado ao Presidente a possibilidade de atuar como legítimo legislador.

O histórico político brasileiro é repleto de episódios em que o Poder Executivo arvorou-se em cumular as funções do Poder Legislativo, muitas das vezes com arrimo constitucional. Em dois períodos, esse cenário foi bastante marcante: de 1937 a 1946 e de 1965 a 1988, momentos em que o chefe do Executivo legislou vastamente mediante decretos-leis. Destaca-se que, nos períodos referidos, imperava um regime de exceção, em que o Presidente não fora eleito democraticamente e sua permanência no cargo, em larga medida, dava-se com a edição de atos legislativos autoritários de sua própria lavra.

A Constituição de 1988 emerge da ressaca de um período autoritário, com a promessa de sobrepujar toda forma de despotismo e assegurar um legítimo Estado Democrático de Direito, com fiel garantia dos direitos humanos. E assim o fez!

Porém, ao menos em um aspecto, a Constituição Cidadã ressuscitou um instituto ínsito dos períodos antidemocráticos, com uma identificação nova, porém com a essência antiga. Trata-se do instituto das medidas provisórias.

Perquirindo as Constituições de 1937, 1967 e 1969 e cotejando-as com a de 1988, não há como negar que as medidas provisórias são a reprodução dos antigos decretos-leis.

Paradoxalmente, a Constituição Democrática de 1988, em seu texto originário, dotou o Presidente com um instrumento legislativo mais ilimitado que as Constituições dos períodos autoritários. Explica-se: ao menos nos textos constitucionais, os decretos-leis tinham limitação material e formal, já as medidas provisórias apenas limitação formal (casos de relevância e urgência). Não havia matérias que o Presidente não pudesse legislar por meio de medidas provisórias.

Isso se explica compulsando os Anais da Assembleia Constituinte de 1987/1988. As medidas provisórias foram idealizadas para um sistema parlamentarista de governo, como muito se buscou. Contudo, ao fim, se optou pelo sistema presidencialista e o instituto permaneceu sem nenhuma adaptação.

No sistema de governo de gabinete, a prática legislativa pelo Executivo é mais bem controlada, pois o chefe de Governo pode ser censurado pelo Parlamento, inclusive ser deposto do cargo por questões tão somente políticas. Já no sistema presidencialista, essa responsabilidade não existe e os excessos cometidos pelo Presidente não são, em larga medida, controlados pelo Legislativo.

Durante treze anos, os Presidentes legislaram desmedidamente através de medidas provisórias. Até que, em 2001, após vários anos de discussões, o Congresso aprovou a Emenda Constitucional nº 32 que restringiu a aplicação do instituto. Contudo, na prática, não teve o condão de frear a atividade legislativa dos Presidentes, o que deixa evidente o fenômeno do hiperpresidencialismo no constitucionalismo brasileiro.

Afirma-se que as medidas provisórias são a expressão máxima do hiperpresidencialismo por duas razões: 1) porque o Presidente exerce a função do Poder Legislativo, expedindo um provimento com força de lei e aplicabilidade imediata, que irá sofrer controle somente *a posteriori*; e 2) porque o Parlamento tem a obrigação de examinar os provimentos do Presidente dentro do prazo constitucional e, caso não o faça, verá sua pauta trancada, logo, se o Presidente expedir grande número de medidas, o Poder Legislativo terá grande parte de suas atividades limitadas a examinar atos legislativos emanados pelo Presidente.

O hiperpresidencialismo fica evidente ao analisar quantitativamente e qualitativamente as medidas provisórias editadas por todos os presidentes da República, mesmo após as limitações impostas pela EC 32/2001. O abuso é evidente e aberrante, como se detalhou no último capítulo dessa obra. De 05 de outubro de 1988 a 31 de dezembro de 2021, foram editadas 1.714 medidas provisórias originárias, o que corresponde à média de uma medida provisória por semana. As reedições (antes da EC 32/2001) são ainda mais gritantes: houve 5.491 medidas provisórias reeditadas de 05 de outubro de 1988 a 11 de setembro de 2001, o que corresponde à média de mais de uma medida provisória por dia.

Ainda, os provimentos legislativos do chefe do Executivo têm uma razão de existir, qual seja: tratar de casos excepcionais e urgentes, em que o ordinário processo legislativo não seria eficaz. Assim, o texto constitucional é cogente em determinar que

as medidas provisórias somente devem ser editadas em situações extraordinárias de relevância e urgência. Ausentes esses requisitos, o ordenamento jurídico deve ser inovado mediante leis oriundas do titular efetivo dessa função: o Poder Legislativo.

Contudo, como se detalhou ao longo dessa obra, o Presidente legisla abusivamente sobre inúmeras matérias, nas quais os pressupostos de relevância e urgência passam ao largo.

E, ainda mais, os sistemas de freio e contrapesos, calcado na premissa de que o poder deve ser controlado pelo próprio poder, nesse contexto é ineficiente. O controle a ser exercido pelo Poder Legislativo é parco, tendo raras medidas sido rejeitadas por ausência dos pressupostos formais. O Poder Judiciário, na figura do STF, de igual sorte, não censura os provimentos do Presidente, tendo sedimentado sua jurisprudência no sentido de que a presença dos requisitos de relevância e urgência são temas de discricionariedade do chefe do Executivo.

Ou seja, o chefe do Poder Executivo se impõe em uma posição sobrelevada em relação aos demais Poderes, sem sofrer censura por eles.

Assim, infere-se que o hiperpresidencialismo no constitucionalismo brasileiro se manifesta na previsão constitucional das medidas provisórias, mas, principalmente, pela forma abusiva como os Presidentes vêm utilizando o instrumento, livre de controle pelos demais Poderes, comprometendo o caráter fundamental originário do constitucionalismo democrático.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, n. 31, 1988.

AGUIAR, Thais Florencio de. **Uma demofobia na democracia moderna**. Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, pág. 609-650, 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582011000400004&lng=en&nrm=iso. Acessado em 13 out 2020.

ARGENTINA. Constituição (1994). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Buenos Aires: Biblioteca Virtual Universal. Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/ar_6000.pdf. Acesso em: 15 dez 2021.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo, SP: Martin Claret, 2007.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019.

BARROS, Sérgio Resende de. Medidas, provisórias? **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. Nº 53, p. 67-82, 2000.

BARROS, Sérgio Resende de. Regulamentação das medidas provisórias. **Revista Jurídica do Curso de Direito da Universidade Estadual de Santa Cruz**. Nº 4, p. 285-289, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro, **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro, **Curso de teoria do estado e ciência política**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BASTOS, Ronaldo. **Hiperpresidencialismo no novo constitucionalismo Latino-americano**. Rio de Janeiro: LumenJuri, 2020.

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras – 1891**. Vol II. 3 ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2018.

BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituições brasileiras – 1946**. Vol V. 3 ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2018.

BALEEIRO, Aliomar; BRITO, Luiz Navarro de; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Constituições brasileiras – 1967**. Vol V. 6 ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2018.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova**. São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 13 out. 2020.

BERCOVICI, Gilberto. O Poder Constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, p. 305-325, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000100010&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 13 out. 2020.

BERCOVICI, Gilberto. Democracia, inclusão social e igualdade. In: **Educação e metodologia para os direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin; 2008.

BERCOVICI, Gilberto. Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin; 2008.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. **Projeto de Constituição de 1987**. Comissão de Sistematização. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-223.pdf>. Acessado em 04 nov. 2021.

BRASIL. **Ato Complementar nº 38 de 1968**. Decreta o recesso do Congresso Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/acp/acp-38-68.htm. Acessado em 14 nov. 2021.

BRASIL. **Ato Complementar nº 72 de 1969**. Suspende a partir de 22 de outubro corrente o recesso do Congresso Nacional decretado pelo Ato Complementar nº 38, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/acp/acp-72-69.htm. Acessado em 14 nov. 2021.

BRASIL. **Ato Institucional nº 1 de 1964**. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm. Acessado em 11 nov. 2021.

BRASIL. **Ato Institucional nº 2 de 1965**. Mantem a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm. Acessado em 11 nov. 2021.

BRASIL. **Ato Institucional nº 3 de 1966**. Fixa datas para as eleições de 1966, dispõe sobre as eleições indiretas e nomeação de Prefeitos das Capitais dos

Estados e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-03-66.htm. Acessado em 11 nov. 2021.

BRASIL. **Ato Institucional nº 4 de 1964.** Convoca o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, para discursão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República, e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-04-66.htm. Acessado em 11 nov. 2021.

BRASIL. **Ato Institucional nº 5 de 1968.** São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acessado em 11 nov. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Notícias.** Elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais em 26 de setembro de 1986. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/545319-parlamento-brasileiro-foi-fechado-ou-dissolvido-18-vezes/>. Acesso em: 14 nov. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Atividades legislativas.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/busca-portal/proposicoes/pesquisa-simplificada>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **Resolução nº 1 de 2002:** Dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, das Medidas Provisórias a que se refere o art. 62 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescon/2002/resolucao-1-8-maio-2002-497942-norma-actualizada-pl.html>. Acesso em: 21 dez. 2021.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil de 1824.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 24 ago. 2020.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 24 ago. 2020.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 24 ago. 2020.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 24 ago. 2020.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 24 ago. 2020.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa Brasil de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 24 ago. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto 19.841 de 1945**: Promulga a Carta das Nações Unidas. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto 01 de 1889**: Proclama provisoriamente e decreta como forma de governo da Nação Brasileira a República Federativa. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1-15-novembro-1889-532625-publicacaooriginal-14906-pe.html>. Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto 19.398 de 1930**: Institui o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, e dá outras providencias. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19398-11-novembro-1930-517605-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto 9.191 de 2017**: Estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9191.htm#art59. Acesso em: 17 dez. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1 de 1969**: Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 24 ago. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 4 de 1961**: Institui o sistema parlamentar do governo. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc04-61.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 6 de 1963**: Revoga a Emenda Constitucional nº 4 e restabelecido o sistema presidencial de governo instituído pela Constituição Federal de 1946. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc06-63.htm#art1. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 11 de 1978**: Altera dispositivos da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc11-78.htm. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 32 de 2001**: Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm#art1. Acesso em: 18 dez 2021.

BRASIL. **Lei Constitucional nº 13 de 1945**: Dispõe sobre os poderes constituintes do Parlamento que será eleito a 2 de dezembro de 1945. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCT/LCT013.htm. Acesso em: 09 nov. 2021.

BRASIL. **Lei Constitucional nº 15 de 1945**: Dispõe sobre os poderes da Assembleia Constituinte e do Presidente da República. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCT/LCT015.htm. Acesso em: 09 nov. 2021.

BRASIL. Planalto. **Legislação**: Medidas Provisórias. Disponível em:
<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/medidas-provisorias>. Acessado em 31 de dezembro 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto constitucional**. Elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais em 26 de setembro de 1986. Disponível

em:<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Emenda Constitucional nº 26 de 1985**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/540627/publicacao/15784395>. Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Anais da Assembleia Constituinte 1987 e 1988**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/ct_abertura.asp. Acessado em 04 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 54 de 2016**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula813/false>. Acessado em 21 dez 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudência**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acessado em 24 dez 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº764 de 2014**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula813/false>. Acessado em 21 dez 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resultado plebiscito 1993**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo764.htm>. Acessado em 24 dez 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História constitucional do Brasil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa** Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legalidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORON, Atilio. Aristóteles en Macondo: notas sobre el fetichismo democrático en América Latina. In: **Filosofía y teorías políticas entre la crítica y la utopía**. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales: Buenos Aires. 2007, p. 49 – 67. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20101012123413/04Boron.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2021.

BOTELHO, Alexandre. **Curso de ciência política**. Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 14ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CHUEIRI, Vera Karam de e GODOY, Miguel Galano de. Constitucionalismo e democracia, soberania e poder constituinte. **Revista Direito GV**, v. 6, p. 159-174, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas Provisórias**. 3 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2010.

CONSTANT de Rebecque, Henri Benjamin. **Princípios políticos constitucionais**. Organizado por Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989.

CORRÊA, Oscar Dias. **A Constituição de 1967**: contribuição crítica. Forense: Rio de Janeiro, Forense, 1969.

DAHL, Robert A. **Poliarquia**: Participação e oposição. Trad. Celso Mauro Paciomik. – 1 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 2 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998).

Declaração dos direitos do homem e do cidadão, 1789. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm>. Acesso em: 25 ago. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. Tradução Carlos Coccioli, Márcio Lauria Filho; revisão de tradução Karina Jannini. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

FIGUEIREDO, Afonso Celso de Assis. **Oito anos de parlamento**. 2 ed. Brasília: UNB, 1983.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz, 2014.

GARGARELLA, Roberto. Crisis de representación y constituciones Contra mayoritarias. **Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**. núm. 2 (abril 1995), México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, [s.a.], pp. 89-108.

Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/crisis-de-representacin-y-constituciones-contramayoritarias-0/>. Acesso em: 13 out. 2020.

GRAUS, Eros Roberto. Medidas provisórias na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 79, n. 658, p. 240–242, ago. 1990.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Trad. Renato Jaime Ribeiro. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução: Rosina D'Angina. 1 ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.

ITÁLIA. Senato della Repubblica. **Constituição da República Italiana**: edição em língua portuguesa. Disponível em: https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 25 nov. 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LAKATOS, Eva Maria, MARCONI Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica**. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LASSALE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Tradução: Walter Stöner. São Paulo: e Books Brasil, 2006.

LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia**: desempenho e padrões de governo em 36 países. Tradução: Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Introdução J.W. Gough. Petrópolis, RJ: Vozes, 2019.

LOUSURDO, Domenico. **Democracia ou bonapartismo**: triunfo e decadência do sufrágio universal. Trad. Luiz Sérgio Henrique. Rio de Janeiro/RJ: Editora UFRJ, 204.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. **Formação do conceito de soberania**: história de um paradoxo. São Paulo Saraiva 2016.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução Maria Lúcia Cumo. 18 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

MELO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo, L&P Pocket, 2018.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. **O espírito das lei**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

NEGRETTO, Gabriel. Diseño constitucional y separación de poderes en América Latina. In: **Revista Mexicana de Sociología**, ano 65, n. 1, enero marzo, 2003, México, DF. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-25032003000100002&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 13 out. 2020.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Tradução de Adriano Pilatti. 2ª ed – Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.

NICOLAU, Gustavo Rene. **Medidas provisórias**: O Executivo que legisla. Evolução histórica do constitucionalismo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2009.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições brasileiras – 1824**. Vol I. 3 ed. Brasília: Senado Federa, Coordenação de Edições Técnicas, 2018.

PRZEWORSKI, Adam *et al.* O que mantém as democracias? **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política [online]. 1997, n. 40-41 [Acessado 4 Agosto 2021] , pp. 113-135. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64451997000200006>. Epub 10 Nov 2010. ISSN 1807-0175. <https://doi.org/10.1590/S0102-64451997000200006>.

PISARELLO, Gerardo. **Procesos constituyentes**: Caminos para la ruptura democrática. Madrid: Trotta, 2014.

POLETTI, Ronaldo de Brito. **Constituições brasileiras – 1934**. Vol III. 3 ed. Brasília: Senado Federa, Coordenação de Edições Técnicas, 2018.

PORTO, Walter Costa. **Constituições brasileiras – 1937**. Vol IV. 3 ed. Brasília: Senado Federa, Coordenação de Edições Técnicas, 2018.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa: Assembleia da República. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acessado em: 28 nov. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa – que é o Terceiro Estado?** Trad. Norma Azeredo. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SMITH, Adam, **A riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova cultura, 1996.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzande. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho** – Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TÁCITO, Caio. **Constituições brasileiras – 1988**. Vol VIII. 3 ed. Brasília: Senado Federa, Coordenação de Edições Técnicas, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: leis e costumes. Tradução Eduardo Brandão. 2a ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil**. São Paulo: Acadêmica, 1989.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina**. In: Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da Academia Brasileira de Direitos Constitucional. Curitiba: ABDConst., p 143-155, 2010. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>. Acessado em: 26 ago 2020.

WOLKMER, Antonio Carlos e FAGUNDES Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**. Fortaleza: v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2158>. Acessado em: 26 ago. 2020.