ReGeo
ISSN: 2177-3246

O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES: UMA ANÁLISE ACERCA DO PROCEDIMENTO LEGISLATIVO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS E DAS LEIS DELEGADAS NO CONTEXTO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

THE PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS: NA ANALYSIS OF THE LEGISLATIVE PROCEDURE OF PROVISIONAL MEASURESAND DELEGATED LAWS IN THE CONTEXT OF THE 1988 CONSTITUTION OF REPUBLIC

EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES: UN ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES Y LAS LEYES DELEGADAS EN EL CONTEXTO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE 1988

10.56238/revgeov17n3-090

Bruno Alberto Maia
Doutorado em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos
Instituição: Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE), Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP)
E-mail: brunomaia@usp.br
Orcid: 0000-0002-7379-4492
Lattes: 9812826631272957

Eliana Franco Neme
Doutorado em Direito
Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP)
E-mail: elianafranconeme@usp.br
Orcid: 0000-0003-4429-404X
Lattes: 2362753400624536

Jamile Gonçalves Calissi
Doutorado em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos
Instituição: Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE), Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG), Universidade de Araraquara (UNIARA)
E-mail: jamile.calissi@uemg.br, jgcalissi@uniara.edu.br
Orcid: 0000-0002-8025-7863
Lattes: 5100816232667133

ReGeo
ISSN: 2177-3246

Guilherme Loria Leoni
Doutorado em Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente
Instituição: Universidade de Araraquara (UNIARA), Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP)
E-mail: guilhermelleoni@gmail.com
Orcid: 0000-0001-5303-5715
Lattes: 6559711542587036

RESUMO
O texto a seguir analisa o conteúdo do princípio da separação de poderes no contexto da Constituição da República de 1988, e notadamente, o seu desdobramento por meio de duas espécies legislativas, a saber, as medidas provisórias e as leis delegadas. Referida análise foi realizada de acordo com a perspectiva utilitarista de Jhon Stuart Mill esboçada no seu ensaio Sobre a Liberdade. Como objetivo geral o texto visa a analisar a distribuição de funções aos poderes constituídos, a saber, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Os objetivos específicos do texto são os seguintes: a) analisar os fundamentos do constitucionalismo nos períodos da Antiguidade, da Idade Média, da Modernidade, e da Contemporaneidade; b) distinguir regras e princípios jurídicos enquanto considerados espécies normativas; c) analisar em que consiste o poder político exercido pelo Estado brasileiro; d) analisar a relação estabelecida entre o Governo e a distribuição de funções estatais; e) analisar a finalidade do princípio da separação dos poderes; f) explicitar as situações em que o princípio da separação dos poderes não é aplicável aos casos concretos; g) analisar o processo (procedimento) legislativo das medidas provisórias no contexto do ordenamento jurídico brasileiro; h) analisar o processo (procedimento) legislativo das leis delegadas no contexto do ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa desenvolvida está fundamentada por revisão bibliográfica nacional e estrangeira, e o método aplicado para o desenvolvimento do texto é o hipotético-dedutivo. Como resultado, a pesquisa constatou que o Estado brasileiro necessita fomentar a educação política do povo para concretizar o bem comum dos indivíduos na maior medida possível.

Palavras-chave: Separação de Poderes. Medidas Provisórias. Leis Delegadas. Processo Legislativo. Bem Comum.

ABSTRACT
The following text analyzes the contente of the principle of separation of powers in the contexto of the 1988 Constitution of the Republic , and notably, it's develeopment through two legislative types, namely, provisional measures, and delegated laws. The analysis was conducted acoording to the utilitarian perspective of Jhon Stuart Mill outlined in his essay On Liberty. As a general objective, the text aims to analyze the distribution of functions among the constituted powers, nameley, the Legislative, the Executive, and the Judiciary. The specific objectives of the text are follows: a) analyze the foundations of constitutionalism in the periods of Antiquity, the Middle Ages, Modernity, and contemporary times; b) distinguish legal rules and principles as normative as normative species; c) analyze what the political power exercised by the Brazilian state consists of; d) analyze the relationship established between the Government and the distribution of state functions; e) analyze the purpose of the principle of separations of powers; f) to make explicit the situations in which the principle of separation of powers is not applicable to specifc cases; g) analyze the legislative process (procedure) of provisional measures in the context of the Brazilian legal system; h) analyze the legislative process (procedure) of delegated laws in the context of the Brazilian legal system. The research developed is

based on a review of national and foreign literature, and the method applied for the development of the text is the hypotetical-deductive method. As a result, the research found that tha Brazilian state needs to promote the political education of the people to achieve the common good of individuals to the greatest extent posible.

Keywords: Separation of Powers. Provisional Measures. Delegated Laws. Legislative Process. Common Good.

RESUMEN
El siguiente texto analiza el contenido del principio de separación de poderes en el contexto de la Constitución de la República de 1988, y en particular su desarrollo a través de dos tipos legislativos: las medidas provisionales y las leyes delegadas. Este análisis se realizó según la perspectiva utilitarista de John Stuart Mill, descrita en su ensayo "Sobre la libertad". Como objetivo general, el texto busca analizar la distribución de funciones entre los poderes constituidos, a saber, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. Los objetivos específicos del texto son los siguientes: a) analizar los fundamentos del constitucionalismo en los períodos de la Antigüedad, la Edad Media, la Modernidad y la Contemporaneidad; b) distinguir las normas y los principios jurídicos como especies normativas; c) analizar qué constituye el poder político ejercido por el Estado brasileño; d) analizar la relación establecida entre el Gobierno y la distribución de funciones estatales; e) analizar la finalidad del principio de separación de poderes; f) explicar las situaciones en las que el principio de separación de poderes no es aplicable a casos concretos. g) analizar el proceso legislativo de medidas provisionales en el contexto del ordenamiento jurídico brasileño; h) analizar el proceso legislativo de leyes delegadas en el contexto del ordenamiento jurídico brasileño. La investigación se basa en una revisión de la literatura nacional e internacional, y el método aplicado para la elaboración del texto es el hipotético-deductivo. Como resultado, la investigación concluyó que el Estado brasileño necesita fomentar la formación política de la población para alcanzar el bien común de las personas en la mayor medida posible.

Palabras clave: Separación de Poderes. Medidas Provisionales. Leyes Delegadas. Proceso Legislativo. Bien Común.

1 INTRODUÇÃO

O texto analisa o conteúdo essencial do princípio que positiva na Constituição da República a separação dos poderes, e seus desdobramentos que ocorrem no âmbito do procedimento legislativo das medidas provisórias, e da lei delegada. Essas espécies normativas são editadas pelo Presidente da República, e se apresentam no contexto do Direito Constitucional brasileiro como situações jurídicas em que o princípio da separação de poderes não é aplicável aos casos concretos.

O tema é relevante em razão das implicações que o princípio da separação de poderes suscita sobretudo, no sistema de governo presidencialista, e na forma de governo republicana, ambos, contemplados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Afinal, o princípio da separação de poderes não tem outra finalidade, senão, limitar tanto o poder do Estado, quanto a liberdade dos indivíduos para a consecução do bem comum, isto é, para a concretização do bem-estar dos indivíduos não maior medida possível.

Assim sendo, o texto está subdividido em três tópicos interdependentes, nos quais foi realizada, sem contudo, esgotar o tema, a análise do conteúdo essencial atinente ao princípio da separação de poderes, e, por conseguinte, das situações jurídicas em que referido princípio não é aplicável ao caso concreto por determinação do texto constitucional de 1988.

O primeiro tópico explicita o contexto histórico do Constitucionalismo, desde a Antiguidade, perpassando pela Idade Média e pela Idade Moderna, entrecortada pelo Iluminismo do século XVIII até a contemporaneidade. Para que tal empreendimento se tornasse possível, recorremos ao texto base da lavra de Dalmo de Abreu Dallari (2016) em que o autor detalha o pensamento dos principais expoentes que se dedicaram ao tratamento do tema, isto é, nos principais períodos históricos acima mencionados, a saber, Aristóteles (1998), Marsílio de Pádua explicitado por Talita Cristina Garcia (2008), Nicolau Maquiavel (2019), Thomas Hobbes (2008), Jhon Locke (2005), Jean Jaques Rousseau (2006), Montesquieu (2005), Paul Leroy Beaulieu (1900) e Karl Loewenstein (2018).

Ao texto base de Dallari (2016) foram acrescentadas algumas notas apartir dos textos originais dos jusfilósofos acima mencionados que corroboram a fidedignidade do texto base, e que, por conseguinte, permitiram o desenvolvimento do presente texto nos tópicos seguinte, e, além do mais, ofereceram um aporte muito relevante para a elaboração das considerações finais.

Após a explicitação do princípio da separação de poderes no contexto do Constitucionalismo antigo, medieval, moderno e contemporâneo, foi empreendida uma distinção normativa entre as regras e os princípios a partir de dois textos que se comunicam, a saber, o texto de Robert Alexy (2008) e o de Virgílio Afonso da Silva (2010), que definem os conceitos respectivos de regras e princípios, e o procedimento por meio do qual referidas espécies normativas são aplicáveis ao caso concreto, Em síntese, o que procuramos empreender, foi a análise acerca do conteúdo essencial dos princípio da

separação de poderes no contexto do Direito Constitucional Contemporâneo, com enfoque específico no ordenamento jurídico brasileiro, a partir do texto constitucional de 1988.

Houve, por bem, necessidade de desdobrarmos a análise do princípio em algumas sessões, que se dedicam a explicitar, respectivamente, 1) em que consiste o poder político; 2) como se opera a divisão funcional do poder e o governo; e, por conseguinte, 3) como se opera a manutenção da harmonia e da independência dos poderes constituídos, isto é, do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, no contexto histórico da Constituição da República de 1988. Referida análise tornou-se possível a partir do texto base lavrado por José Afonso da Silva (2022). As postulações de Afonso da Silva (2022) corroboram o pensamento de Dallari (2016), e, sobretudo, foram indispensáveis para a escolha do marco teórico que permeia o presente texto.

Nesse sentido, considerando que a finalidade do Estado é promover o bem-estar dos indivíduos na maior medida possível, o *Ensaio Sobre a Liberdade* lavrado por Jhon Stuart Mill (2018) foi escolhido como marco teórico para a realização da presente pesquisa, porque a obra anteriormente mencionada estabelece em seu último capítulo o modo gradativo por meio do qual o Estado está autorizado a intervir na autonomia da vontade dos indivíduos, com a finalidade de regular, tanto o poder estatal nas relações jurídicas verticais estabelecidas entre o Estado e os indivíduos, quanto nas relações estabelecidas pelos particulares entre si.

É, portanto, a partir da perspectiva utilitarista de Mill (2018) que os iluministas dos ´século XVIII foram reinterpretados para oferecer ao Direito Constitucional Contemporâneo, com especial destaque para o Direito Constitucional brasileiro, os limites atinentes ao princípio da separação de poderes para a consecução do bem comum e do bom governo na maior medida possível.

Quanto ao desdobramento do princípio da separação de poderes, isto é, quanto as situações jurídicas estabelecidas pelo texto constitucional de 1988 em que o princípio da separação de poderes não é aplicável ao caso concreto, a análise procedimental acerca da edição das medidas provisórias e das leis delegadas foi possível a partir do texto lavrado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2022) em que o constitucionalista explicita e critica com razão o processo, ou como preferimos, o procedimento legislativo das medidas provisórias e das leis delegadas.

Assim sendo, o método hipotético-dedutivo ao qual recorremos para realizar a revisão bibliográfica acerca do tema permitiu-nos concluir que o princípio da separação de poderes deve ser interpretado no sentido de que o que ele está a exigir, tanto do Estado, quanto do povo, uma postura de cooperação.

Uma cooperação dos poderes constituídos entre si, e do povo, é necessária para reafirmar, a partir dele, o povo, a soberania do Estado Brasileiro, a preservação do pacto federativo, por meio do sistema de distribuição de competências e de realização das funções estatais a fim de manter a estabilidade da Constituição, e com isso, a realização do bem estar dos indivíduos na maior medida

possível. Em outros termos, a pesquisa permitiu compreendermos os motivos pelos quais a finalidade estatal não é outra, senão a concretização do bem comum na maior medida possível.

2 A ORIGEM DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E O CONSTITUCIONALISMO

A teoria da separação de poderes, que por meio da obra de Montesquieu[1] foi incorporada ao constitucionalismo teve como finalidade assegurar a liberdade individual, e, mais tarde, referida teoria sofreu adaptações a novas concepções, a fim de que a separação dos poderes tivesse o objetivo de aumentar a eficiência estatal por meio da distribuição das atribuições entre os órgãos especializados. Contudo, esta ideia apareceu somente no final do século XIX, quando já se havia convertido em dogma a doutrina da separação dos poderes como um artifício eficaz e de extrema necessidade para evitar a consolidação de governos absolutos. A teoria em questão, é necessário assinalar, foi acolhida e consagrou-se em uma época em que se buscavam alternativas para enfraquecer o Estado, considerando que não se admitia sua interferência na vida social, senão como vigilante e conservador das situações estabelecidas pelos indivíduos (Dallari, 2016, p. 213).

Embora a expressão “separação de podres” seja clássica, e tendo em consideração que alguns autores a desvirtuaram para “divisão de poderes” é pacífico o entendimento de que o poder estatal é uno e indivisível. É normal, e, também, necessário que no âmbito estatal exista muitos órgãos soberanos a exercer o poder soberano do Estado, contudo, a unidade do poder não se rompe em razão de tal circunstância.

Há outro aspecto relevante a considerar, a saber, o de que existe uma estreita relação entre as ideias de poder e de função estatais, havendo quem sustente a ideia de ser inadequado falar-se em separação de poderes, quando o que há, de fato, é somente uma distribuição funcional. Este é o posicionamento de Leroy-Beaulieu[2], para quem, de acordo com (Dallari (2016) as diferentes funções

[1] De acordo com Montesquieu (2005, p. 87) quanto mais o Governo se aproxima da República, mais a forma de julgar se torna fixa. Nos Estados despóticos não existe lei. Neles, o juiz constitui-se sua própria regra. Por sua vez, nos Estados monárquicos, há uma lei, e onde ela é precisa, cabe ao juiz segui-la; onde a lei é imprecisa, cumpre ao juiz buscar seu espírito. No contexto do governo republicano, é da natureza constitucional que os juízes sigam o sentido estrito atribuído à lei pelo legislador. Em razão disso, não há cidadão contra quem uma lei possa ser interpretada, quando se trata de seus bens, de sua honra, ou de sua vida.
Ao discorrer acerca do princípio da democracia, Montesquieu (2005, p. 32-34) afirma que no contexto do governo republicano, a sua natureza é a de que nele, o povo em conjunto, ou certas famílias possuem o poder soberano. Para o Iluminista em questão, a república consubstancia forma de governo em que sua força não consiste em nada além do poder de alguns cidadãos, e sob outra perspectiva, implica a licenciosidade de outros. É interessante notar que no contexto de um governo popular, a execução das leis é sua força motriz, que pressupõe, por conseguinte a ocorrência de corrupção da República. Alei, nesse sentido tem como destinatários, tanto o Estado, quanto os indivíduos que o constituem.

[2] Para Paul Leroy-Beaulieu (1900, p. 74) a história e a experiência comprovam que, ao longo dos tempos, funções que hoje são consideradas parte da própria essência estatal foram tardiamente atribuídas ao Estado, ou, pelo menos, parcialmente, cumpridas durante muito tempo por indivíduos e pelas associações que formaram.
A sociedade é uma entidade maleável dotada de uma notável capacidade de adaptação ao seu ambiente, de criar os órgãos que são indispensáveis à sua preservação, ou ao seu progresso.
A doutrina de Herbert Spencer, no sentido de que qualquer instituição adequada para o cumprimento das funções sociais coletivas surge espontaneamente não pode ser considerada falsa.

estatais atribuídas a diferentes órgãos resultaram da divisão do trabalho, sendo, esse princípio aplicado de maneira inconsciente, que fez passarem ao Estado determinadas funções exercidas instintivamente pela sociedade, e que são organizadas pelo Estado com reflexão.

A relevância prática dessa polêmica na atualidade está no fato de que a diferenciação acima explicitada relaciona-se intimamente com a concepção do papel estatal na vida social. De fato, ao se pretender levar a efeito a desconcentração do poder e atribuir o seu exercício a vários órgãos, a maior preocupação é a defesa da liberdade dos indivíduos, pois quanto maior for a concentração do poder, maior será o risco de um governo ditatorial.

Por outro lado, quando o aspecto do poder é ignorado para se cuidar das funções, o objetivo a ser alcançado consiste em aumentar a eficiência estatal, organizando-o da maneira mais adequada possível para o desempenho das atribuições que lhe são inerentes. Nesse sentido, pode-se concluir ser mais conveniente, em determinado momento, e em determinado Estado, promover a concentração das funções em menor número de órgãos, o que entraria em colisão com o princípio da separação de poderes.

Assim sendo, para enfrentar o problema suscitado por tal conflito com mais segurança faz-se necessário verificar o surgimento e a evolução da teoria clássica da separação de poderes, para, posteriormente, situá-la no Estado contemporâneo.

O antecedente mais remoto da separação de poderes está situado no pensamento aristotélico, segundo o qual é injusto e perigoso ser atribuído a um único indivíduo o exercício do poder. Há no pensamento de Aristóteles[3] uma ligeira referência atinente ao problema da eficiência, quando

---

Essa ideia parece ser verdadeira em grande medida, quando a sociedade é deixada à sua plasticidade natural, e não é esmagada pela força autoritária, pelo aparato de coerção denominado Estado.

De acordo com Leroy-Beaulieu (1900, p. 76) a economia política iluminou de modo singular toda a história da humanidade, e a história natural, inclusive. Isso foi possível quando ela, a economia política destacou nos escritos de Adam Smith, o princípio da divisão do trabalho. É este grande princípio econômico que, de forma sucessiva, constituiu a maioria das funções estatais.

Portanto, de acordo com Beaulieu (1900, p.77) é o princípio da divisão do trabalho que, aplicado de maneira inconsciente, levou à transferência para o Estado de determinadas funções que a sociedade desempenhava por instinto, e que o Estado organiza reflexivamente.

Nesse sentido, o Estado é um órgão crítico, um órgão de generalização, coordenação e popularização. Acima de tudo, o Estado é um órgão de preservação (Leroy-Beaulieu, 1900, p. 83).

[3] Aristóteles (1998, p. 225-231) sustenta o argumento no sentido de que os indivíduos, quando reunidos, podem ser melhores do que os poucos com virtude, desde que não considerados individualmente, mas em conjunto. Desse modo, a participação popular no âmbito das magistraturas supremas não deve ser deferida ao povo. A ele, tão somente, devem ser direcionadas funções deliberativas e judiciais.

Nesse sentido, o povo, em conjunto com os melhores cidadãos apresentam o discernimento necessário e prestimoso para as cidades, pois cada cidadão, quando isoladamente considerado, promove julgamentos imperfeitos. Por esta razão, as eleições são levadas a efeito por especialistas.

Para além das funções fiscalizadora e eletiva dos juízes, a função que implica o enfrentamento de maiores dificuldades é, segundo Aristóteles, a função legislativa. Isso porque segundo ele, as leis corretamente estabelecidas é que devem exercer a supremacia sobre os indivíduos, e os magistrados devem ter supremacia tão somente nos caos em que as leis não podem resolver diretamente os conflitos estabelecidos, pois é tarefa muito difícil promover a promulgação de leis que prevejam todos os casos.

Uma questão, entretanto, está evidente, a saber, as leis devem ser estabelecidas em conformidade com o regime adotado, e em razão disso, são leis justas. Em contrapartida, as leis que são instituídas em conformidade com um regime transviado, são reputadas injustas.

menciona a impossibilidade prática de que um único homem previsse tudo o que nem mesmo a lei está apta a especificar.

Entretanto, a concepção moderna da separação dos poderes buscou em Aristóteles sua inspiração, e foi construída gradativamente conforme o desenvolvimento do Estado, e, em função dos conflitos político-sociais mais relevantes (Dallari, 2016, p. 214-215).

Foi no Século XVI, especificamente, no ano de 1324, que Marsílio de Pádua[4] publicou a obra "Defensor Pacis", e estabeleceu a distinção entre o Poder Legislativo e o Executivo. A base do pensamento de Marsílio de Pádua consiste em afirmar a oposição entre o povo, considerado o primeiro

[4] Talita Cristina Garcia (2008, p. 108-112), procede a um recorte acerca das contribuições, e dos limites do pensamento de Marsílio de Pádua, ao afirmar que esse pensador defendeu a liberdade do governo imperial, e, em contrapartida, promoveu a antecipação das diretrizes governamentais atinentes às monarquias nacionais, que, posteriormente, se converteriam em objeto de análise dos pensadores políticos a partir do século XV, com destaque para Jean Bodin.
A expressão *plenitudo potestatis* foi empregada ao tempo de Marsílio de Pádua para designar um aludido e pretendido poder absoluto exercido pelos bispos de Roma, seja nos assuntos que diziam respeito ao espírito, seja nos assuntos correspondentes ao domínio temporal. As formulações teóricas dos pontífices acerca do poder absoluto estavam fundamentadas, geralmente, pela tradição patrística, e sua construção operou-se durante toda a Idade Média.
No decorrer do século XII, uma percepção clara e definida acerca da política fora forjada. Havia à época um conjunto disperso de leituras, segundo as quais, a Cidade de Deus estava contraposta à Cidade dos Homens, o que constituiu o "agostinismo político", e nele, foram fundamentadas várias teses acerca da ordenação do império a partir da igreja em um momento em que havia confusão entre Império e Cristandade.
Contudo, no ´século XIV, o poder da igreja sobre os reinos foi enfraquecido, e entre seus teóricos, pôde-se observar uma carência em relação aos grandes abades do século XII.
Assim sendo, de um lado, havia a pretensão papal de coroar o imperador do Sacro Império, e, também, dos demais reinos. Nesse contexto, duas saídas eram possíveis, a saber, enfeudar-se na Itália, onde a igreja efetivamente detinha o poder político por meio dos Estados Papais; ou enrijecer a doutrina, resultando na plenitude do poder papal.
Dentre os principais teóricos eclesiásticos, os de maior destaque são Egídio Romano, Tiago de Viterbo, Agostinho Triunfo e Álvaro Pais. Contudo, a explicitação de seus respectivos pensamentos extrapola os limites deste artigo. Em razão disso, remetemos o leitor à obra específica referenciada ao final deste texto, para maiores esclarecimentos acerca do tema.
Considerando os postulados teóricos curialistas, juristas e defensores do império também promoveram a elaboração de teorias, na maioria das vezes, em respostas aos hierocratas, cuja finalidade consistia em proteger a legitimidade do poder temporal. Além de Marsílio de Pádua, houve outros pensadores relevantes que tomaram parte na controvérsia, dentre eles, João Quidort e Guilherme de Ockham. Por razões metodológicas, remetemos o leitor para a obra referenciada ao final do presente texto, em que a autora desenvolve seu discurso para explicitar o pensamento de cada um dos pensadores mencionados.
De acordo com Garcia (2008, p. 133-135), o pensamento de Marsílio de Pádua retirou do pontífice romano toda a autoridade e poder, ao delimitar e limitar sua esfera de atuação. Além do mais, Promoveu a ligação e o desligamento dos pecados do mundo, e, principalmente, controlou as paixões humanas com a finalidade de que o detentor do poder temporal pudesse governar, e, por meio das leis, manter a paz e a tranquilidade no reino.
Entretanto, isso foi possível somente por meio da ideia de representação por delegação do poder civil, e de sua teoria conciliar, que estabeleceu o meio pelo qual essa representação seria exercida.
Todo o poder, no contexto do pensamento de Marsílio de Pádua foi transmitido do povo a alguém, isto é, todo o poder foi delegado ao representante.
A comunidade política era constituída pela *universitas civium,* consubstanciando o conjunto dos cidadãos, ou sua parte mais importante, que era a *valentior pars* ou o legislador humano.
Destarte, o conjunto dos cidadãos, e, somente ele, era o responsável pelo governo, pois era dotado, simultaneamente, do direito e do dever de escolher e estabelecer o fiel representante de sua comunidade.
Para resolver o problema atinente à vulnerabilidade humana do governante às suas paixões, tornou-se necessária a edição de leis a fim de que o governante fosse justo em seus julgamentos.
O mais importante no pensamento paduano consistiu na postulação da ideia da separação do poder civil, nas figuras do legislador e do executor. Assim sendo, um legislador humano em conjunto com os cidadãos elaborava as leis, que constituíam a origem do poder civil; e um governante que, por meio da delegação concedida pelo povo, obrigava-se a representa-lo e fazer com que as leis formuladas por ele, o povo, fossem cumpridas.
Nesse sentido, o poder civil passa a ser supremo e único, mesmo que suas teorias tivessem se voltado para um sistema político em decadência no século XIV, qual seja, o império. A mesma ideia acerca do poder autônomo seria discutida e ampliada pelos pensadores dos séculos seguintes ao de Marsílio de Pádua, como Jean Bodian e Maquiavel, que iniciaram seus escritos a partir das monarquias nacionais.

legislador, e o príncipe, a quem está atribuída a função executiva. Vislumbrou-se nessa obra uma primeira tentativa de se afirmar a soberania popular.

De acordo com informação extraída de "O Príncipe", obra elaborada por Nicolau Maquiavel[5], no início do século XVI já se encontravam na França três poderes distintos, a saber, o Legislativo, constituído pelo Parlamento, o Executivo, constituído pelo Rei, e um judiciário independente. Segundo Dallari (2016) Maquiavel louva tal organização, porque assegurava mais liberdade e segurança ao Rei. Agindo em nome próprio, o Judiciário poderia promover a proteção dos mais fracos, vítimas das ambições e das insolências características dos poderosos, e, assim, poupar o Rei da necessidade de interferir nas disputas, e de, consequentemente, enfrentar o desagrado daqueles que não tivessem acolhidas as suas razões.

Foi no Século XVII que surgiu, entretanto, a primeira sistematização doutrinária atinente à separação de poderes, com a obra de Locke[6]. Baseado no Estado inglês de seu tempo, Locke aponta a existência de quatro funções fundamentais, exercidas por dois órgãos do poder.

---

[5] De acordo com Maquiavel (2019, p. 109) no contexto do Estado absolutista, o Príncipe deve incutir no ânimo popular, uma referida opinião acerca de sua pessoa, no sentido de que ninguém tenha a intenção de o enganar, e o induzir deliberadamente em erro, consolidando, assim, a sua autoridade perante os súditos. Por sua vez, dispensando os súditos, amor e veneração para com o Príncipe, dificilmente, alguém conspirará contra ele, ou o atacará. Em outros termos, o Príncipe deve cultivar a estima do povo pela sua pessoa Maquiavel (2019, p. 111).
Segundo Maquiavel (2019, p. 111-112) nos Estados bem organizados, como o Reino da França, há excelentes instituições das quais são dependentes a liberdade e a segurança do Rei, constituindo-se o parlamento, a principal delas, em razão da sua ampla autoridade. Temendo, por um lado, incorrer no desagrado dos poderosos ao agir em prol do povo, e no desagrado popular, se os favorecidos fossem aqueles, foi instituído um terceiro poder, que, todavia, não ensejava responsabilização do Rei, ao punir os grandes, e favorecer os pequenos, razões pelas quais, não poderia existir melhor e mais sábia organização do que esta, nem organização tão eficaz para promover a segurança do Rei e do Reino.

[6] De acordo com Locke (2005, p. 494-500) A maior finalidade para os indivíduos unirem-se em sociedades políticas, e assim, submeterem-se a um Governo, não é outra, senão a de conservar intacta a sua propriedade, constituída pelas suas vidas, liberdades e bens. Para que tal fim seja alcançado, é necessário que o Estado estabeleça leis fixadas e conhecidas pelos seus destinatários, por meio do consentimento comum, assumido no sentido de que o Governo deve ser executado com probidade, por conseguinte, oposta à improbidade.
As leis consubstanciam para esse Iluminista uma medida comum para solucionar as controvérsias entre o Estado e os indivíduos, e, também, entre os indivíduos reciprocamente considerados. Além do mais o Estado necessita de juízes conhecidos e imparciais investidos de autoridade, e aptos a solucionar as controvérsias em conformidade com as leis estatuídas pelo Estado. O Estado carece, ainda, de um poder que apoie e sustente a sentença, quando considerada justa, a fim de dar devida execução a ela.
Há outro poder do qual dispõe o indivíduo no seu estado natural, a saber, o de promover castigos em razão dos crimes cometidos em face da lei. Ao se agregar a uma sociedade política privada, o indivíduo a esses poderes renuncia, com a finalidade de incorporar-se no seio de uma comunidade distinta do restante da humanidade. Ao poder de fazer tudo quanto o indivíduo considere adequado para a sua própria preservação, e também, da preservação do restante da humanidade, ele o renuncia em prol de que seu comportamento seja regulado por leis elaboradas pela sociedade, na proporção exigida pela conservação de si mesmo e do restante do corpo social. Tais leis sociais, sob vários aspectos, limitam a liberdade da qual o indivíduo tirava proveito enquanto submetido às leis da natureza.
O indivíduo renuncia completamente ao poder de castigar para empenhar sua força natural a fim de promover a assistência do Poder Executivo da sociedade, de acordo com aquilo que a lei estiver a exigir. Inserido no seio social, regido por leis editadas pelo Estado, o indivíduo deve, nesse contexto, prover a si próprio na proporção em que estejam a dele exigir a consecução do bem, da prosperidade e da segurança da sociedade, o que se faz necessário, e, também, justo pois os demais indivíduos, como parte constituinte do corpo social do Estado, procedem da mesma forma.
Ao renunciarem a esses poderes em prol da constituição do Estado, o Poder Legislativo, por sua vez, deve, segundo o exija o bem da sociedade, não pode estender-se para além do bem comum. Desse modo, o detentor do Poder Legislativo da sociedade política obriga-se a governá-la de acordo com as leis vigentes que o povo promulga, e que, portanto, são dados a conhecer, para a concretização de determinados fins, quais sejam, a paz, a segurança e o bem público de todo o povo.

A função legislativa caberia ao Parlamento. A função executiva, exercida pelo Rei desdobrava-se na função federativa, exercida quando se tratasse do poder de guerra e de paz, de ligas e alianças, e das questões que devessem merecer tratamento específico fora do Estado. A quarta função, também exercida pelo Rei, consistia na prerrogativa conceituada como o poder de realizar o bem público sem submeter-se às regras.

Embora se opusesse de maneira expressa ao absolutismo defendido por Hobbes[7], Locke não considerou anormal o reconhecimento de uma esfera de poder discricionário do governante, contudo, não se atentou para a circunstância de que o bem público, cuja definição era impossível de se lograr claramente, sempre seria um bom pretexto para decisões absolutistas (Dallari, 2016, p. 215).

Por fim, com Montesquieu, a teoria da separação dos poderes foi concebida como um sistema em que estão conjugados um legislativo, um executivo e um judiciário harmônicos e independentes entre si, tomando a configuração que apareceria na maioria das Constituições. Em sua obra "O Espírito das Leis", publicada em 1748, Montesquieu[8] postula a existência de funções intrinsecamente diversas e inconfundíveis, mesmo quando confiadas somente a um órgão. Para o filósofo francês, seria normal a existência de um órgão próprio para cada função. Partia-se da consideração de que a organização estatal em três poderes constituídos era indispensável, já, àquela época. Todavia, o ponto obscuro da teoria de Montesquieu, de acordo com Dallari (2016) consiste na indicação das atribuições de cada um dos poderes.

Afirma Dallari (2016) que Montesquieu já havia adotado a orientação que posteriormente seria consolidada pelo liberalismo no sentido de não dar ao Estado qualquer atribuição interna, senão, o poder de julgar e punir. Assim sendo, as leis elaboradas pelo Legislativo deveriam ser passíveis de

[7] Para Hobbes (2008, p. 586) e, em contraponto ao postulado por Locke (2005) a soberania estatal é adquirida pela vitória, isto é, pela violência, pela agressão a outro Estado.
Assim sendo, a soberania é adquirida mediante a submissão do povo pela qual ele, o povo, estabelece um contrato com o Estado vencedor, prometendo obediência em troca da vida e da liberdade. Assim sendo, o preço que o povo deve pagar ao Estado absolutista não é outro, senão o de agir entorpecido pelo medo, e pelo servilismo, (embora Hobbes o negue recorrendo, para isso, a um jogo de linguagem) com a finalidade de consolidar uma relação subserviente entre o os indivíduos e o Estado, isto é, uma relação entre proteção e obediência para enaltecer a necessidade do cumprimento inviolável das leis, sejam elas naturais, ou positivas, às quais está subordinada a condição humana (Hobbes, 2008, p. 592).

[8] Para Montesquieu (2005, p. 121-123) o princípio democrático é corrompido, quando se perde o espírito de igualdade, e, também, quando o espírito de igualdade extrema é adquirido e cada indivíduo quer ser igual àqueles que escolheram para condená-lo. Nesse momento, não podendo o povo suportar o próprio poder por ele delegado, quer fazer tudo por sua própria conta, deliberar pelo Senado, executar pelos magistrados, implicando desrespeito ao Judiciário constituído, e o enfraquecimento das deliberações senatoriais.
Assim, o povo cai em desgraça, quando aqueles a quem confiou o seu destino, querendo esconder sua corrupção, visam a corrompê-lo. A fim de que o povo não perceba a ambição dos poderes constituídos, Executivo, Legislativo e Judiciário só enaltecem sua grandeza em seus discursos, e para que o povo não perceba a avareza dos poderes constituídos, os que estão investidos do exercício de referidos poderes enaltecem, continuamente, a grandeza do povo. Afinal, não se pode dar muito ao povo sem que dele os Poderes Constituídos tirem ainda mais.
Instaura-se a tirania, e, por meio dela, o tirano se ergue, e, em contrapartida, o povo perde tudo o que teria conquistado, até mesmo, as vantagens obtidas da sua corrupção.
É por estas razões que a democracia deve evitar dois excessos, quais sejam, o espírito de desigualdade, que a leva a aristocracia, ou ao governo de um só; e, por outro lado, o espírito de igualdade extrema, que a conduza ao despotismo de um só, tal qual o despotismo de um só culmina em conquista de um Estado sobre outro, e, por conseguinte na violação à soberania estatal.

cumprimento pelos indivíduos, e só existiria interferência do Executivo para punir aquele indivíduo que não as cumprisse.

Ao dar atribuições tão restritas ao Estado, Montesquieu não estaria efetivamente preocupado em assegurar-lhe a eficiência, pois parecia-lhe mais importante a separação tripartida dos poderes com vistas a garantir a liberdade individual.

Assim sendo, foi a intenção de enfraquecer o poder estatal, complementando a função limitadora a ser exercida pela Constituição, o que impôs a separação de poderes como um dos dogmas que caracterizam o Estado Moderno, sustentando-se, até mesmo, a impossibilidade da democracia se não houvesse tal separação. Nesse sentido, já na Constituição da Virginia de 1776, consta em seu texto normativo, o princípio da separação de poderes, que apareceu, com mais ênfase na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aprovada na França, em 1789, fazendo depender da divisão de poderes constituídos, a existência, a validade e a eficácia da Constituição (Dallari, 2016, p. 216).

A preocupação com a separação dos poderes com vistas a proteger a liberdade individual refletiu de modo imediato em todo movimento constitucionalista, e está sobretudo, consubstanciado nos artigos 1º, 2º e 3º da Constituição dos Estados Unidos da América, que não admite a interferência recíproca, tampouco a transferência de poderes, mesmo que realizada de modo parcial e temporário.

O sistema de separação dos poderes consagrado nas Constituições de quase todo o mundo estava (e está) associado à ideia de estado Democrático, o que ensejou a construção de engenhosa doutrina conhecida como sistema de freios e contrapesos. De acordo com essa teoria, os atos praticados pelo Estado desdobram-se em duas espécies, a saber, os atos gerais, ou especiais.

Os atos gerais só podem ser praticados pelo Poder Legislativo, e consistem na edição das regras gerais e abstratas, carentes de previsibilidade, quando do momento de sua emissão, a quem elas irão afetar.

Assim sendo, o Poder Legislativo, que pratica somente atos gerais, não atua concretamente na vida social, e não tem, sob tal perspectiva, meios para perpetrar abusos de poder, nem para conferir benefícios ou prejudicar alguém, ou um grupo em caráter particular. Somente após a emissão da norma de caráter geral é que se abre a possibilidade de atuação específica do Poder Executivo, o que se concretiza por meio da edição de atos especiais.

O Executivo dispõe de meios concretos para agir, todavia, está impossibilitado de atuar com discricionariedade, porque seus atos estão limitados pelos atos de caráter geral emitidos pelo Poder Legislativo. Assim sendo, em caso de exorbitância de qualquer dos Poderes constituídos, surgirá a ação fiscalizadora, própria do Poder Judiciário, no sentido de obrigar cada um a permanecer nos limites delineados pela sua respectiva esfera de competências (Dallari, 2016, p. 217).

Explicitadas as teorias que estruturam o princípio da separação dos poderes, passamos com fundamento nos escritos de Dallari (2016) a tecer algumas críticas às teorias que delimitam o conteúdo, e a atribuição de sentido ao princípio da separação de poderes.

A primeira delas se estabelece no sentido de que o sistema de separação de poderes é formalista, jamais tendo sido praticado. Isso implica sustentar como contra-argumento, que a análise atinente ao comportamento dos órgãos estatais, mesmo, onde a Constituição consagra de modo enfático a separação dos poderes, está a demonstrar que sempre houve intensa atividade de interpretação. Quer isto dizer que, ou o órgão de um dos poderes pratica atos que, a rigor, seriam específicos de outro, ou pode ser verificada a influência de fatores extralegais, o que implica a predominância de algum dos Poderes constituídos sobre os demais, o que culmina, tão somente, em uma separação de poderes aparente (Dallari, 2016, p. 217).

Há, ainda outro argumento contra o sistema, e que diz respeito à sua incapacidade de jamais conseguir assegurar a liberdade individual, ou o caráter democrático do Estado. A sociedade plena de injustiças, situada no contexto histórico do liberalismo, marcada por acentuadas desigualdades e a efetiva garantia de liberdade reconhecida somente para um restrito número de privilegiados foi construída à sombra da separação de poderes.

Isso significa que, embora, já, àquela época, formalmente, ela existisse, houve, e, ainda há executivos antidemocráticos que, de fato, transacionam com o Poder Legislativo sem que isto implique a ruptura das normas constitucionais. Por outro lado, não é raro que o Poder Legislativo, inserido no sistema da separação de poderes, não consiga exprimir, o mínimo de representatividade, circunstância que o torna antidemocrático.

Além do mais, o comportamento do Legislativo tem revelado que a edição de atos de caráter geral obedece às determinações ou conveniências do Poder Executivo. Assim sendo, a separação dos poderes não assegurou a liberdade dos indivíduos, nem o caráter democrático do Estado.

Tais circunstâncias, afirma Dallari (2016) já haviam sido colocadas em evidência por Loewenstein[9] desde o século XVIII e, notadamente, da prática do sistema de governo parlamentarista,

[9] De acordo com Karl Loewenstein (2018, p. 32) as expressões “sistema político” e “forma ou tipo de governo” não têm o mesmo sentido. O termo “sistema político encerra uma série de tipos de governo unidos pela identidade, ou pela afinidade das suas ideologias, e, por conseguinte, das instituições que a elas correspondem. Nesse sentido, o sistema político que consagra o constitucionalismo democrático inclui diversos tipos de governo, que, de acordo com a conformação da vontade estatal se institucionalizam, como, presidencialismo, ou o parlamentarismo, em que prepondera a supremacia da assembleia, ou do gabinete, do governo diretorial, da democracia direta ou semi-direta. Nestes sistemas políticos, pode ser verificado um aspecto em comum, a saber, a soberania popular é considerada o poder supremo. Se por um lado, o sistema político está orientado por determinada ideologia, o tipo de governo, isto é, o regime político, faz alusão à concreta conformação das instituições compreendidas pelo sistema político, no contexto de determinada sociedade estatal.
Para Loewenstein (2018, p. 33) o poder estatal é distribuído, quando, por exemplo, a função legislativa é levada a cabo pelo governo, em conjunto, isto é exercida pelo governo, e pelo parlamento conjuntamente; ou quando as duas Casas Legislativas participam no exercício dessa função. O controle do poder político estará devidamente distribuído, quando entre os diferentes detentores do poder, por exemplo, o parlamento puder destituir o governo mediante o voto de desconfiança, ou quando o Governo puder dissolver o Parlamento, e assim, deixar a decisão final para o eleitorado,

que não aplica o princípio da separação de poderes, o qual não passa tão somente de uma simples distribuição funcional. A esse argumento pode ser acrescentado o de que existem muitos exemplos de maior respeito à liberdade e à democracia em Estados parlamentaristas, do que em outros que consolidaram a separação de poderes.

As críticas mais recentes estão dirigidas a outro aspecto fundamental que lembra a polêmica acerca dos poderes, e das funções estatais. Como se tem observado, a separação de poderes foi concebida num contexto histórico, cujo objetivo consistia na limitação dos poderes do Estado, e, por conseguinte, na redução ao mínimo de sua atuação.

Contudo, a evolução da sociedade criou novas exigências que atingiriam profundamente o Estado. Ele passou a ser cada vez mais solicitado a agir, e esta é uma circunstância que promoveu a ampliação da sua esfera de ação, e intensificou sua participação em âmbitos tradicionais. Isso impôs a necessidade de numerosa legislação, cada vez mais técnica, e incompatível com os modelos teóricos da separação de poderes. O Legislativo não tem condições para estabelecer regras gerais sem que a ele seja permitido conhecer o que já foi, ou está sendo realizado pelo Executivo, e sem saber de quais meios o Executivo dispõe para efetivamente atuar.

Por outro lado, o Executivo não pode ficar a mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre concluído de modo adequado, para, só, então, responder aos reclamos sociais, que são, muitas vezes, graves e urgentes.

Contudo, embora a inadequação organizacional do Estado seja patente, a separação de poderes consiste um dogma, que aliado ao ideal democrático, provoca no próprio Estado e nos indivíduos o temor de afrontá-lo expressamente. Por conseguinte, se faz necessária a busca de outras soluções que permitam o aumento, isto é, a otimização da eficiência estatal, mantendo a aparente separação de poderes (Dallari, 2016, p. 218).

Dentre as tentativas levadas a efeito para efetivamente colocar em evidência, e em termos pragmáticos, o princípio da separação de poderes, duas merecem ser destacadas em razão da sua amplitude, bem como das consequências por elas acarretadas:

A primeira delas é a delegação de poderes: recebida incialmente com reservas, e despertando muita resistência, a delegação de poderes, e, em especial, a delegação de Poder Legislativo foi, aos poucos permeando as Constituições. Atualmente, e superada a fase de resistência com relação à tal solução para o problema suscitado pela possibilidade de usurpação de competências, pode ser admitido como fato normal a delegação, que, entretanto, exige sua limitação no tempo, e, também, quanto ao seu objeto. Aqueles que têm, ainda temores aos efeitos provocados pela delegação não a recusam

considerado o supremo detentor do poder. Nesse sentido, não é desnecessário dizer que esse controle recíproco do poder não existe nos sistemas políticos orientados pela concentração do poder político.

totalmente, mas sustentam, contudo, que determinadas competências devem ser consideradas indelegáveis.

A outra alternativa apontada por Dallari (2016) é a transferência constitucional de competências. Ela ocorre com relativa frequência, e se opera por meio de reforma constitucional ou, até mesmo, por meio da promulgação de novas Constituições. O recurso à transferência constitucional de competências requer, entretanto, a obediência rigorosa ao processo (ou procedimento como preferimos) de emendas à Constituição, ou por meio do uso de um processo autêntico de elaboração constitucional, por meio do qual surgem novas Constituições não apegadas ao rigor sistêmico de freios e contrapesos, embora mantenham a aparente separação de poderes.

Isso tem ocorrido nos últimos tempos e o objetivo não é outro, senão aumentar as competências atinentes ao Poder Executivo, provocando como resultado a manutenção orgânica do Poder Legislativo, que conserva sua tradicional estrutura, porém, apresenta o mínimo de participação na formação da vontade estatal.

Assim sendo, fica evidente, como tem comprovado a experiência, que referidas soluções são artificiais, porque mantém uma organização, sem entretanto, manterem o funcionamento que determinou a sua criação.

Para concluir, por ora, nos filiamos ao argumento de Dallari (2016) no sentido de que as exigências de efetiva garantia da liberdade para todos os indivíduos, e, simultaneamente, da atuação democrática do Estado, estão a reivindicar dele maior dinamismo, e a constante presença na vida social. Isso é, portanto, incompatível com a compreensão tradicional da separação de poderes. É necessário o reconhecimento de que o dogma da rígida separação formal está datado, o que exige a completa reorganização do Estado de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios informadores do Estado de Direito Democrático (Dallari, 2016, p. 219).

Nesse sentido, podemos considerar que, hodiernamente, os princípios assumiram uma finalidade a mais na Constituição da República de 1988, a saber, veicular, para além da forma pela qual o Estado deve ser estruturado, também, estabelecer o plexo normativo dos Direitos Fundamentais, e os institutos jurídico-constitucionais que permitem o seu exercício e defesa dos particulares em face do próprio Estado, e em face dos particulares entre si[10].

Não podemos ignorar o argumento invocado por Jhon Stuart Mill (2018, p. 133) no sentido de que, tanto a sociedade quanto os indivíduos que a constituem devem receber suas devidas parceles de responsabilidade, se a elas é dado aquilo que lhes é mais conveniente. Afinal, todos aqueles que requerem a proteção social são devedores desse benefício.

[10] Este é um tema que tangencia a separação dos poderes, e merece ser desenvolvido oportunamente em outro artigo.

2.1 O CONTEÚDO ESSENCIAL DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES NO CONTEXTO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

O princípio da separação de poderes positivado pelo texto constitucional de 1988 implica, antes de tudo, a possibilidade, e a necessidade de regulação do poder estatal, sobretudo, quando o direito de liberdade extrapola seus limites, e se converte em razão disso, em abuso.

Assim sendo, para que a garantia da liberdade não se opere onde ela deveria ser subtraída, nem suspensa nas situações em que deveria ser garantida, desviando o sentido desse princípio, é que o Estado, enquanto instituição jurídico-política, deve respeitar a liberdade de cada indivíduo sobre si mesmo. Contudo, simultaneamente, o Estado está obrigado a manter um controle vigilante sobre o exercício pessoal de qualquer poder sobre os outros, que ele conceda ao indivíduo (Mill, 2018, p. 183-184).

Essa obrigação atribuída ao Estado se concretiza por meio da edição das leis, sejam elas, regras, ou princípios, e por conseguinte, pela sua fiel execução, tanto no plano vertical, no qual as relações jurídicas são estabelecidas entre o Estado e os indivíduos, quanto no plano horizontal, em que as relações jurídicas entrecortadas, ora pelo exercício, ora pela renúncia ao exercício dos direitos fundamentais nas relações jurídicas estabelecidas entre particulares[11].

No contexto histórico do Direito Constitucional brasileiro contemporâneo, a Constituição da República de 1988 é constituída por duas espécies normativas, ou textos jurídicos, não raras vezes colidentes: as regras e os princípios, razão pela qual, em caráter propedêutico, faremos a distinção entre elas.

De acordo com Robert Alexy (2008, p. 90-91) o que diferencia entre as regras e os princípios, como duas espécies de normas jurídicas, é que os princípios são normas ordenadoras no sentido de que algo seja realizado na maior medida possível, consideradas as possibilidades, tanto fáticas, quanto jurídicas que delimitam o caso concreto. Em razão disso, os princípios são considerados mandados de otimização, o que inclui, por conseguinte, as permissões e as proibições. Os princípios são satisfeitos obedecendo-se uma gradação variada, considerando que a devida medida de sua satisfação não está subordinada tão somente às possibilidades fáticas, mas, também, às possibilidades jurídicas. Assim sendo, o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras que, no caso concreto, estão em colisão.

Por outro lado, as regras são normas que são satisfeitas ou não satisfeitas. Nesse caso, o que está a ser exigido não é um grau máximo de cuidado, contudo, exige-se um determinado grau de cuidado, dependendo do ramo do Direito sobre o qual se trate o preceito normativo. Embora seja possível a suscitação de dúvidas, nos casos individuais, acerca de se delimitar qual é o grau de cuidado

[11] Estas espécies de relações jurídicas, que enfocam a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, entretanto, extrapola o objeto do presente texto, e merece monografia específica acerca do tema a ser debatido em outra oportunidade.

que o preceito normativo está a exigir, e isso é possível para a aplicação de qualquer norma, e não representa peculiaridade alguma. Para que as dúvidas quanto à aplicação ou não aplicação de uma regra jurídica ao caso concreto sejam sanadas, é imprescindível, no momento da decisão, a realização da análise acerca da satisfação ou não satisfação do grau de cuidado exigido. Esse questionamento é específico das regras.

Se uma regra vale, deve ser feito exatamente aquilo que ela determina, nem mais, nem menos. As regras contém determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Quer isso dizer que a distinção entre regras e princípios é qualitativa, e não, uma distinção de grau. Toda norma jurídica é ou uma regra, ou um princípio. Essa distinção esta assemelhada àquela proposta por Ronald Dworkin[12], entretanto, a distinção proposta por Alexy (2008) difere em um ponto decisivo, a saber, a caracterização dos princípios como mandados de otimização.

Além do mais, a natureza jurídica dos princípios postulada por Alexy (2008, p. 116-118) como mandados de otimização implica o acolhimento da máxima da proporcionalidade, e, por conseguinte, das suas três máximas parciais, a saber, a adequação, a necessidade (isto é, o mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito, isto é o sopesamento propriamente dito, que é uma decorrência lógica da natureza jurídica dos princípios. Isso significa que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. A exigência do sopesamento se opera em razão da relativização em face das possibilidades jurídicas. Por outro lado, as máximas da adequação e da necessidade são decorrência da natureza jurídica dos princípios compreendidos como mandados de otimização em face das possibilidades fáticas.

Virgílio Afonso da Silva (2010) vai além, e postula que o critério que distingue as regras dos princípios, de acordo com a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos veiculados e garantidos por essas normas. No caso das regras, os direitos garantidos, ou os deveres impostos se operam em caráter

[12] De acordo com Ronald Dworkin (2007, p. 39-44) a diferença estabelecida entre regras jurídicas e princípios jurídicos está fundamentada por uma natureza lógica. Ambos os conjuntos de padrões estão a apontar para decisões particulares que dizem respeito à uma obrigação jurídica em circunstâncias específicas, entretanto, as regras e os princípios distinguem-se no que diz respeito à orientação por eles oferecida.
As regras são aplicadas à maneira do tudo ou nada. Considerados os fatos estipulados por uma regra, ou a regra é válida, e, neste caso, a resposta por ela oferecida deve ser aceita, ou não é válida, e, neste caso, a regra não oferece contributo algum para a decisão do caso concreto.
Os princípios apresentam uma dimensão que as regras não tem, a saber, a dimensão do peso, ou importância. Quando ocorre o entrecruzamento entre os princípios, o judiciário deve levar em conta, ao resolver o conflito, a força relativa de cada princípio.
Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser considerada válida. A decisão, neste caso, deve ser tomada recorrendo-se às considerações que estão para além das próprias regras.
Um sistema jurídico pode regular referidos conflitos por meio de outras regras que estabelecem precedência à regra que foi promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica, ou outro recurso desse gênero. Um sistema jurídico pode preferir a regra que encontra sua fundamentação nos princípios mais importantes.
Às vezes, regras ou princípios podem desempenhar papéis semelhantes, e o elemento que os distingue reduz-se, quase, à uma questão de forma.

definitivo. Por outro lado, no caso dos princípios, os direitos são garantidos, e os deveres são impostos *prima facie.*

Isso quer dizer que se um direito é garantido por uma norma que, em termos estruturais, constitui uma regra, tal direito é definitivo, isto é, deverá ser totalmente realizado, caso a regra seja aplicável ao caso concreto. É pacífica a postulação do argumento de que as regras podem apresentar, e, quase sempre, apresentam exceções. Entretanto, esse argumento não implica alteração do raciocínio, pois as exceções a uma regra devem ser assumidas como se parte da regra excepcionada fossem.

No caso dos princípios, não se pode sustentar o mesmo raciocínio, isto é, não se pode falar na total realização daquilo que a norma está a exigir. Ao contrário: geralmente, a realização de um princípio é tão somente parcial. Isso, porque no caso dos princípios existe uma diferença entre aquilo que o princípio garante ou impõe em caráter *prima facie*, e aquilo que é garantido, ou imposto em caráter definitivo (Afonso da Silva, 2010, p. 45).

Essa distinção entre as espécies normativas que estão estruturalmente alocadas na Constituição de 1988 requer maior aprofundamento no que diz respeito aos conflitos normativos.

O conceito de conflitos normativos é um tema sobre o qual há muitas polêmicas, principalmente, sua relação com demais conceitos afins, e que, não raras vezes, são tomados como sinônimos, ou, como coisa distinta. Esse é o caso das colisões entre normas, e, também, o das contradições normativas, considerando que existem poucos pontos pacificados no âmbito do debate jurídico (Afonso da Silva, 2010, p. 47).

Quando se fala em conflito normativo, a referência está dirigida aos conflitos entre as regras, e às colisões entre os princípios, e, com algumas relativizações, também, à colisão entre regras e princípios. Assim sendo, um conflito normativo consiste na possibilidade de aplicar-se, a um mesmo caso concreto, duas ou mais normas, cujas consequências jurídicas se mostrem no caso a ser solucionado, total ou parcialmente incompatíveis.

Nos conflitos entre regas, há alguma forma de declaração de invalidade. Isso significa que o conflito a ser solucionado opera-se no plano da validade, isto é, ou a regra é válida ou é inválida, e, por conseguinte, não aplicável ao caso concreto (Afonso da Silva, 2010, p. 49).

Por outro lado, a colisão entre princípios deve ser resolvida de modo diferente. Não se fala, nesse caso acerca da declaração de invalidade sobre um deles, nem na possibilidade de inclusão de uma cláusula de exceção. No caso da colisão de princípios, o critério para a solução da colisão entre eles se opera por meio da fixação de relações condicionadas de precedência, em razão de serem considerados mandados de otimização Em outros termos, a relação de precedência entre os princípios é sempre condicionada à situação delimitada pelo caso concreto, e não se consolida de antemão (Afonso da Silva, 2010, p.50-51).

A colisão entre regras e princípios opera-se nos termos seguintes: não se pode falar em uma colisão propriamente dita, pois o que há é o estabelecimento de uma relação de restrição, da qual a regra é a expressão. Como o resultado da "colisão" entre uma regra e um princípio, a regra que resulta dessa relação de restrição deve ser aplicada por meio da subsunção (Afonso da Silva, 2010, p. 52).

A colisão entre uma regra e um princípio é considerada uma construção da Jurisprudência. Isso significa que uma vez consolidado um entendimento em determinado sentido, uma regra de exceção à regra proibitiva é criada (Afonso da Silva, 2010, p. 55). Assim sendo, mesmo considerada como construção promovida pela Jurisprudência, o sopesamento entre os princípios e sua aplicação por meio da subsunção é o mesmo. Criada a regra excepcional é válido para ela o raciocínio que implica o estabelecimento de um direito ou de um dever em caráter definitivo, que é uma especificidade correspondente às espécies normativas definidas como regras (Afonso da Silva, 2010, p. 56).

Para José Afonso da Silva (2022, p. 108) o princípio da divisão de poderes consubstancia-se em um princípio geral de Direito Constitucional inscrito na Constituição da República de 1988 como um dos princípios fundamentais por ela adotados. Nos termos do seu artigo 2º está prescrito que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são poderes concernentes à União, e que referidos poderes constituídos são independentes e harmônicos entre si. Contudo, adverte José Afonso da Silva (2022) que Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário são expressões que apresentam duplo sentido.

Essas expressões exprimem, a um tempo, as funções legislativa, executiva e jurisdicional, além de indicarem os respectivos órgãos, de acordo com a descrição e a discriminação que são estabelecidas no título específico da organização dos poderes, notadamente, nos artigos 44 a 75, 76 a 91 e 92 a 135.

O princípio da separação ou divisão de poderes consubstanciou-se, sempre, um princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, é necessário recordar que a Constituição do Império adotara a separação quadripartida de poderes, de acordo com a formulação teórica atribuída a Benjamin Constatnt, a saber, Poderes moderador, Legislativo, Executivo e Judiciário. Por outro lado, as Constituições posteriores assumiram a formulação tripartida atribuída a Montesquieu.

A Constituição de 1988 manteve o princípio com o enunciado um pouco diferente, pois o texto foi aprovado no segundo turno sem a cláusula "independentes e harmônicos entre si", pois o parlamentarismo estava sendo adotado. O sistema de governo Parlamentarista é um regime mais colaborativo entre os poderes, que de separação independente. A cláusula em questão é mais adequada e conveniente ao sistema de governo presidencialista.

Como no final, prevaleceu o presidencialismo, na Comissão de Redação, o Professor e, então Deputado, Michel Temer sugeriu que a regra atinente a harmonia e independência que consta do texto

constitucional no artigo 2º fosse reinserida, sem, contudo, indicar as ressalvas desnecessárias ao princípio, que sempre constavam nas Constituições antecedentes.

Isso torna necessária a contextualização de algumas considerações sobre o poder, que estão orientadas para uma melhor compreensão do princípio (Afonso da Silva, 2022, p. 108).

2.1.1 O poder político

O poder apresenta-se como fenômeno sóciocultural. Isso significa que é fato da vida social. O pertencimento a um grupo social implica o reconhecimento de que referido grupo pode exigir certos atos, uma conduta que esteja em conformidade com os fins perseguidos. O pertencimento ao grupo social, além do mais, pode implicar a admissão de imposições de certos esforços custosos, isto é, certos sacrifícios, que podem fixar limites aos nossos desejos, e prescrever a forma por meio da qual nossas atividades devem ser realizadas. O poder político é inerente ao grupo, e em razão disso, pode ser definido como uma energia que está apta a coordenar e impor decisões com a finalidade de realizar determinados fins.

Em outros termos, considerando o Estado como grupo social máximo e total, ele é dotado de um poder político, isto é, de um poder estatal. A sociedade civil abarca, assim, múltiplos grupos sociais diferenciados, e indivíduos aos quais o poder político deve coordenar, por meio da imposição de regras e limites em função dos fins globais a serem realizados pelo Estado.

Sob essa perspectiva, pode-se constatar que o poder político é superior a todos os demais poderes sociais, os quais reconhece, rege e domina, para estabelecer a coordenação entre esses grupos e os indivíduos entre si, e de modo recíproco, a fim de manter o mínimo de ordem e, simultaneamente, estimular o máximo de progresso para a concretização do bem comum.

A superioridade do poder político consubstancia a soberania estatal, que implica independência confrontada com todos os poderes exteriores à sociedade estatal. O poder político consubstancia a soberania externa, e afirma a supremacia sobre todos os poderes sociais internos à mesma sociedade estatal, e que constituem a soberania interna.

Da relação coordenada estabelecida entre as soberanias externa e interna decorrem as três características essenciais do poder político, a saber, a unidade, a indivisibilidade e a indelegabilidade, razão pela qual parece impróprio falar-se em divisão e delegação de poderes, o que ficará esclarecido a partir das considerações a seguir acerca do governo e da distinção de funções do poder (Afonso da Silva, 2022, p. 108-109).

2.1.2 O governo e as distinções funcionais do poder

Como estrutura social que é, o Estado é carente de vontade real e própria. Ele manifesta-se por meio de seus órgãos que não exprimem senão de modo exclusivo, vontade humana. Os órgãos estatais são supremos, isto é, constitucionais, ou dependentes, ou seja, administrativos.

Os primeiros são aqueles aos quais incumbe o exercício do poder político, cujo conjunto é denominado governo, ou, então, órgãos governamentais. Os órgãos administrativos estão hierarquicamente situados em plano inferior, cujo conjunto constitui a Administração Pública, pois considerados de natureza jurídica administrativa.

Enquanto os órgãos constitucionais constituem o objeto do Direito Constitucional, os órgãos administrativos são regidos pelas normas do Direito Administrativo. Esse é o cerne da diferença entre os dois ramos do Direito (Afonso da Silva, 2022, p. 109).

Assim sendo, o Governo constitui o conjunto de órgãos mediante os quais a vontade estatal é formulada, expressada e realizada, ou, em outros termos, o conjunto de órgãos supremos aos quais incumbe o exercício das funções atinentes ao poder político. Num sentido estrito e habitual, considera-se governo somente o órgão que exerce a função executiva, e que está oposto ao Legislativo. Nos sistemas de governo parlamentaristas, o termo governo está reservado para o Poder Executivo, exercido pelo Conselho Ministerial.

O poder político se manifesta por meio de suas funções exercidas e cumpridas pelo órgãos governamentais. O poder político uno, indivisível e indelegável está desdobrado e composto de várias funções, o que permite distingui-las em três espécies, a saber, a função legislativa, a executiva, e a jurisdicional.

A função legislativa compreende a edição de regras gerais, abstratas impessoais, que inovam a ordem jurídica denominadas leis. A função executiva tem a finalidade de resolver os problemas concretos e individualizados, em conformidade com as leis. Ela não se limita à simples execução das leis, pois comporta prerrogativas, e essa função abarca todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal. A partir desse argumento, pode-se afirmar que a função executiva se distingue em função de governo, compreendidas nela as atribuições políticas, colegislativas e de decisão; e, função administrativa, que compreende três missões fundamentais, a saber, a intervenção, o fomento e o serviço público.

Por fim, a função jurisdicional tem seu objeto circunscrito à aplicação do Direito aos casos concretos com a finalidade de dirimir os conflitos de interesse (Afonso da Silva, 2022, p. 110).

Para tratarmos especificamente da divisão de poderes no contexto do Estado Democrático brasileiro contemporâneo é necessário, em primeiro lugar, não confundir a distinção de funções do poder com a divisão ou separação de poderes, embora exista uma necessária conexão entre elas.

A distinção de funções implica a especialização das tarefas governamentais tendo em vista a sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem. Isso significa que há sempre uma distinção funcional, quer existam órgãos especializados incumbidos de cumprir cada uma delas, quer estejam concentradas em somente em um órgão.

A divisão de poderes implica confiar a cada uma das funções do governo, a saber, a legislativa, a executiva e a jurisdicional a órgãos diferentes, que tomam os nomes atinentes às respectivas funções, com exceção do Judiciário (órgão ou Poder Legislativo, órgão ou Poder Executivo e órgão ou Poder Judiciário). Se somente um órgão exercer todas as funções, haverá a concentração de poderes.

A divisão de poderes está fundamentada em dois elementos, a saber, a) a especialização funcional, o que significa afirmar que que cada órgão é especializado quanto ao exercício de uma função, como, por exemplo, as assembleias constituídas pelo Congresso, pelas Câmaras, e pelo Parlamento), atribuindo-se a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva , ao judiciário, a função jurisdicional; b) independência orgânica, o que implica afirmar que para além da especialização das funções é essencial que cada órgão seja efetivamente independente dos demais., um argumento que está a postular a ausência dos meios de subordinação. Trata-se, portanto, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder.

No contexto do Constitucionalismo contemporâneo, o princípio da separação de poderes não configura a rigidez de outrora. A ampliação das atividades estatais impôs nova compreensão da teoria da separação dos poderes , e estabeleceu novas formas relacionais entre os órgãos legislativo e executivo, e destes com o judiciário, o que nos permite falar em colaboração de poderes , uma característica do parlamentarismo, em que o governo está subordinado à confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no sistema de governo presidencialista desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e a harmonia dos poderes (Afonso Da Silva, 2022, p. 110-111).

Nesse sentido, a Constituição da República de 1988 “independentes e harmônicos entre si”, característica da divisão de poderes no sistema de governo presidencialista, acrescentada na Comissão de Redação. Isso nos leva a explicitar em que sentido os poderes constituídos devem ser interpretados como independentes, e harmônicos entre si.

2.1.3 O sentido da independência e da harmonia a ser preservada pelos poderes constituídos

A independência dos poderes significa que a investidora e a permanência das pessoas nos órgãos governamentais não dependem da confiança nem da vontade dos outros. Além, do mais, deve ser considerado que, no exercício das suas atribuições próprias, os titulares não necessitam de consultar os outros, e nem necessitam da sua autorização. No que diz respeito à organização dos respectivos serviços, cada um é livre, desde que sejam observadas as disposições constitucionais e legais.

Assim sendo, cabe ao Presidente da República prover e extinguir os cargos públicos da Administração federal, e exonerar ou demitir seus ocupantes, enquanto o Congresso Nacional e os Tribunais são competentes para prover os cargos específicos dos respectivos serviços administrativos, exonerar ou demitir seus ocupantes.

Cumpre à Câmaras do Congresso e aos Tribunais a elaboração dos respectivos regimentos internos, que consubstanciam as regras atinentes ao seu funcionamento, sua organização, direção e polícia; ao passo que ao Chefe do Executivo cabe organizar a Administração Pública, bem como estabelecer seus regimentos e regulamentos.

A partir daí, a independência e a autonomia do Poder Judiciário estão ainda mais pronunciadas, porque passou a ser de sua competência a nomeação de juízes e a tomada de outras decisões que se refiram à sua estrutura e funcionamento, o que inclui, até mesmo, a matéria orçamentária nos termos prescritos pelos artigos 95, 96 e 99 da Constituição da República de 1988.

A harmonia entre os poderes pode ser verificada em primeiro lugar, pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que todos, mutuamente, têm direito. Por outro lado, é necessário ressaltar que nem a divisão funcional entre os órgãos do poder, nem a sua independência são absolutas. Existem interferências que são necessárias, e que estão a estabelecer um sistema de freios e contrapesos, cuja finalidade consiste em buscar o equilíbrio indispensável à realização do bem da coletividade para evitar o arbítrio e os desmandos de um em detrimento do outro, principalmente, daqueles que são governados.

Se o Legislativo está incumbido de editar normas gerais e impessoais, há o estabelecimento de um procedimento para a sua formação, em que o Executivo assume relevante participação, seja pela iniciativa das leis, seja ao promover a sanção, ou levar a efeito o veto. Contudo, a iniciativa do Executivo sofre um contrabalanceamento pela possibilidade atribuída ao Congresso de promover a modificação do projeto de lei, por meio das emendas, ou, até mesmo, pela rejeição do projeto de lei de iniciativa do Chefe do Executivo.

Por outro lado, ao exercer o poder de veto, o Chefe do Executivo ao assim externar o seu comportamento, pode afetar projetos de lei de iniciativa dos congressistas, e as emendas aprovadas de sua iniciativa. Em compensação, o Congresso, por meio do voto da maioria absoluta de seus membros poderá rejeitar o veto, e por meio do Presidente do Senado, promover a promulgação da lei, caso o Presidente da República não o faça no prazo estabelecido pelo artigo 66 da Constituição da República de 1988.

Se o Presidente da República não pode interferir nos trabalhos do Legislativo com a finalidade de obter a aprovação expedita de seus projetos, é a ele facultado estabelecer prazo para a sua apreciação, nos termos prescritos pelos parágrafos do artigo 64 da Constituição da República de 1988.

Se os Tribunais não estão autorizados a influir no Legislativo, por outro lado, estão autorizados, a declarar a inconstitucionalidade das leis não as aplicando nesse caso. O presidente da República não interfere no exercício da função jurisdicional, porém, em contrapartida, os ministros investidos na jurisdição das Cortes Superiores são por ele nomeados, sob o controle exercido pelo Senado Federal, a quem cabe a aprovação do nome escolhido, nos termos prescritos pelo artigo 52, III, alínea *a* da Constituição da República de 1988.

Esses são somente alguns exemplos que evidenciam o mecanismo dos freios e contrapesos, que caracterizam a harmonia entre os poderes. O desenvolvimento do tema até aqui está a demonstrar que as agendas assumidas pelo Legislativo, pelo Executivo e pelo Judiciário serão desenvolvidas a bom termo, se esses órgãos estiverem subordinados ao princípio da harmonia, ao qual não se deve atribuir o sentido de domínio de um poder pelo outro, tampouco a usurpação de atribuições. O que o princípio da harmonia entre os poderes constituídos no contexto da Constituição da República de 1988 está a afirmar é a verificação de que entre tais poderes constituídos deve existir constante colaboração e controle recíproco, que, aliás integra o mecanismo de freios e contrapesos, para evitar distorções e desmandos. Afinal, a desarmonia se opera sempre que são acrescidas atribuições, faculdades e prerrogativas de um poder constituído em detrimento de outro (Afonso da Silva, 2022, p. 111-113).

É, o mecanismo dos freios e contrapesos insculpidos pelo legislador constituinte que nos leva ao exame das exceções ao princípio da separação de poderes nos termos prescritos pelo art. 2º da Constituição da República de 1988.

2.1.4 Situações jurídicas que não autorizam a aplicação do princípio de separação dos poderes

No Brasil, as Constituições anteriores a de 1988 prescreviam o princípio da divisão de poderes por meio da especificação de que era vedado a qualquer dos poderes a delegação de atribuições, de modo que quem fosse investido no exercício da função de um deles, não poderia exercer as atribuições específicas de outro, com ressalva para as exceções nelas previstas.

Tais especificações são, realmente desnecessárias, pois a Constituição vigente estabelece incompatibilidades, assim como o faziam as Constituições anteriores, no que diz respeito ao exercício funcional dos poderes, notadamente, a partir do estatuído pelo artigo 54 da Constituição da República de 1988, e, porque os limites e exceções ao princípio em análise são decorrências de normas a serem pesquisadas no texto constitucional.

Exceção ao princípio[13] consiste, por exemplo, na permissão de que Deputados e Senadores exerçam funções atinentes aos Ministros de Estado que auxiliam o Presidente da República, Chefe do

[13] Quando se fala em exceção ao princípio, está a se afirmar que diante de uma "colisão" entre regras e princípios, há prescrições constitucionais, notadamente, regras sustentadas pelo princípio federativo, e pelo princípio da soberania popular, respectivamente considerados, e que determinam, em termos funcionais, regras que estabelecem algumas atribuições atípicas aos órgãos dos poderes constituídos e que foram enumeradas por José Afonso da Silva.

Executivo, bem como de Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Prefeitura de Capital ou de missão diplomática temporária, nos termos do artigo 56 da Constituição da República de 1988.

No mesmo sentido é, também, a regra do art. 50 da Carta Constitucional brasileira vigente, que autoriza a convocação dos Ministros de Estado perante o Plenário das Casas do Congresso, ou de suas comissões, assim como o seu comparecimento espontâneo para promover a exposição de assunto relevante e específico de seu Ministério.

Contudo, as exceções ao princípio da separação de poderes mais marcantes consistem na possibilidade de adoção por parte do Presidente da República de medidas provisórias com força de lei, nos termos especificados pelo texto constitucional do artigo 62, e na autorização de delegação de atribuições legislativas ao Presidente da República, nos termos estabelecidos pelo artigo 68 da Constituição da República de 1988 (Afonso da Silva, 2022, p. 113-114) e que passaremos a examinar em seguida.

3 O PROCEDIMENTO LEGISLATIVO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2022, p. 181) a Constituição vigente promoveu a substituição do Decreto-Lei do Direito anterior pelas medidas provisórias. Estas consubstanciam-se atos normativos com força de lei editados pelo Presidente da República em casos de relevância e urgência.

O perfil das medidas provisórias foi alterado pela Emenda à Constituição nº. 32 de 2001, que modificou profundamente o seu regime, ao ensejar a veiculação de nova redação ao texto do artigo 62 da Constituição da República de 1988.

No contexto do Direito vigente, seus principais traços são os seguintes:

Quanto às condições: A medida provisória estabelece como pressuposto para sua edição a relevância e a urgência em sentido literal, porque reclama a cumulação das condições, a saber, a de

---

Entretanto, não é somente esse princípio que está em aparente colisão, sobretudo, nos casos em que se opera a corrupção nas Repúblicas Democráticas, a saber, o princípio da soberania popular, que, também, deve ser considerado.
Nesse sentido, é necessário resgatar o seu fundamento explicitado por Rousseau. De acordo com o Iluminista em questão, a soberania popular é sempre constante, inalterável e, também, pura, porém, está subordinada a outras que a sobrepujam.
Cada indivíduo, ao desvincular seu interesse do interesse comum, se dá conta de que referidos interesses não podem ser separados por inteiro, contudo, sua parte do mal público parece ser para ele, o indivíduo, insignificante, quando é comparado ao bem exclusivo do qual pretende apropriar-se.
Com exceção desse bem particular, cada indivíduo está a desejar o bem geral em seu próprio interesse, e como o mesmo vigor que qualquer outro indivíduo. Assim sendo, a corrupção no contexto da República Democrática não é o bastante para extinguir em si a vontade geral. A corrupção perpetrada em face da democracia apenas elide a vontade geral.
Assim sendo, a lei editada pelo Estado não consiste tão somente em manter inalterada a vontade geral. Ela, a lei, tem uma ambição maior para si, a saber, permitir-se ser questionada, e instada, a sempre responder aos anseios da sociedade, mantendo a subordinação dos poderes constituídos ao Poder Constituinte Originário que emana do Povo (Rousseau, 2006, p. 125).
É, portanto, na concretização do princípio da soberania popular, respeitadas as relações de precedência explicitadas, respectivamente por Alexy (2008) e Afonso da Silva (2010) que devem orientar-se o federalismo, e, por conseguinte, a separação de poderes prescrita pelo art. 2º da Constituição da República de 1988.

relevância e a de urgência. Em síntese, pode ser sustentado o argumento de que a medida provisória foi estabelecida na Constituição da República de 1988 para o caso de uma emergência qualificada pela relevância. Isso significa que a medida provisória é um instrumento legiferante de urgência. Contudo, o Supremo Tribunal Federal tem tolerado medidas provisórias desprovidas do caráter de urgência[14].

Quanto à matéria: A primeira redação do art. 62 da Constituição carecia da explicitação das matérias vedadas à medida provisória. O problema suscitado encontrou solução plausível a partir da Emenda à Constituição nº 6/1995, que vedou a regulamentação por meio de medidas provisórias de emendas adotadas posteriormente a ela.

A Emenda à Constituição nº 32/2001 estabeleceu o rol de matérias que não mais podem ser objeto de medidas provisórias, a saber, a) nacionalidade; b) cidadania; c) direitos políticos; d) partidos políticos; e) direito eleitoral; f) direito penal; g) direito processual penal; h) direito processual civil; i) organização do Poder Judiciário; j) organização do Ministério Público; k) a carreira e a garantia dos membros do Judiciário e do Ministério Público; l) planos plurianuais; m) diretrizes orçamentárias; n) orçamento e créditos adicionais e suplementares, com a ressalva estabelecida pelo texto constitucional do artigo 167, §3º.

O rol acima abrange, também, as matérias vedadas à edição de lei delegada, e vai além, como pode ser apreendido a partir do confronto com o disposto pelo texto normativo do artigo 68, §1º da Constituição da República de 1988.

Quanto ao prazo, a medida provisória, na sua redação inicial, estabelecia o prazo de trinta dias para ser convertida em lei. A nova redação estabelece o prazo de sessenta dias para que se opere a conversão, e, além disso, autoriza a prorrogação automática desse prazo, por mais sessenta dias, nos termos prescritos pelo §3º, entretanto, a prorrogação em questão é admitida somente uma única vez, de acordo com o §7º.

Quanto à eficácia da medida provisória, ela é imediata, isto é, produz efeitos jurídicos desde a sua publicação.

[14] "**Decisão**
Trata-se de Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl.33 Vol. 6): PROCESSO CIVIL. AÇÃO POPULAR. CABIMENTO. TRIBUTÁRIO. CONCESSÃO/ RENOVAÇÃO AUTOMÁTICA DE CERTIFICADO DE ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 446, DE 2008. VÍCIOS. INEXISTÊNCIA 1. É cabível ação popular em face da concessão de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social nos casos em que essa concessão é condição necessária – embora não suficiente – ao reconhecimento da imunidade tributária, a qual pode gerar ato lesivo ao patrimônio público. 2. Não há falar em excesso de poder nem em abuso de poder ou de discricionariedade no que tange à edição da medida provisória nº. 446 de 2008 pelo Presidente da República, que estabelecia a concessão/renovação automática de CEBAS em relação aos processos que ainda não haviam sido julgados pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS). 3. Os requisitos de urgência e relevância para a edição de medida provisória estão no âmbito do poder discricionário do Presidente da República, e a apreciação desses requisitos pelo Poder Judiciário" (Moraes, 2019). Acesso em 27 de janeiro de 2026. Disponível em: <http://www.jurisprudencia.stf.jus.br>.

Quanto ao valor dos efeitos produzidos, embora §3º do art. 62 com a nova redação continue a estatuir que as medidas provisórias não convertidas em lei perderão sua eficácia com efeitos retroativos, ele ressalva as situações regidas pelos §§ 11 e 12 do preceito constitucional em questão.

Isso significa que o § 11 mantém regidas por meio de medidas provisórias não convertidas as situações que dela decorrem. Contudo, nos primeiros sessenta dias posteriores à perda de eficácia da medida, o decreto editado pelo legislativo poderá dispor acerca dessas relações jurídicas, de acordo com o que estabelece a parte final do §3º do artigo 62 da Constituição da República de 1988.

Nesse sentido, existe uma profunda modificação, quando comparada a nova redação com o texto constitucional primitivo. Nele, os efeitos produzidos pela medida provisória não convertida em lei eram passíveis de desconstituição, salvo disposição em contrário. Hoje, eles permanecem válidos, salvo se o decreto legislativo estabelecer disposições em contrário, e no prazo mencionado de sessenta dias.

A provisoriedade é outra característica da medida, pois trata-se de atividade legiferante provisória, e com eficácia imediata. De fato, a medida provisória reclama sua conversão em lei, o que enseja uma verdadeira atividade legiferante promovida pelo Congresso Nacional.

É necessário ressaltar que, de acordo com a redação primitiva, a prática havia feito com que o caráter provisório da medida se tornasse definitivo, em razão da reedição das medidas provisórias não convertidas em lei (Ferreira Filho, 2022, p. 182).

No que diz respeito à reedição, o texto inicial da Constituição não abordava a possibilidade de renovação da medida provisória. Dele, parece inferir-se, ao contrário, que a renovação da medida provisória não seria possível. Isso significa que fluído o prazo de trinta dias, ele caducaria, o que implicaria a produção de efeitos retroativos, exceto se o Congresso Nacional dispusesse em sentido contrário quanto a esses.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal tolerou essa possibilidade de reedição das medidas provisórias, o que ensejou o abuso, e, em última análise, a insegurança jurídica. É em razão disso, que a nova redação não permite, ou, melhor dizendo, proíbe a reedição de medidas provisórias não convertidas em lei na mesma sessão legislativa, seja por rejeição do Congresso Nacional, seja pelo decurso do prazo de sessenta dias sem que tenha ocorrido tal conversão. O objetivo da medida não é outro, senão, coibir a prática mencionada.

No que diz respeito ao procedimento de conversão das medidas provisórias em lei, não havia regulação da matéria pelo texto constitucional primitivo. Assim sendo, a conversão aqui tratada ficou a cargo do regimento interno do Congresso Nacional. Para suprir a lacuna a nova redação do texto constitucional estabelece normas a esse propósito.

Em primeiro lugar, o §9º do artigo 62 da constituição da República de 1988 estabelece que a medida provisória constitua objeto e exame e parecer por uma Comissão Mista constituída por Deputados e Senadores.

Em seguida, a conversão da medida provisória em lei deverá ser analisada separadamente pela Câmara dos Deputados, e, posteriormente, se aprovada nesta Casa, deve seguir para análise a ser promovida pelo Senado Federal. É necessário ressaltar que o §5º do art. 62 da Constituição da República de 1988 está a reclamar, em cada Casa Legislativa, um juízo prévio acerca do atendimento dos pressupostos estabelecidos pela Constituição, isto é, sobre a urgência e a relevância, bem como sobre o seu cabimento, ou seja, a não veiculação de matéria vedada por meio dessa espécie normativa.

Além do mais, o novo texto constitucional estabelece que, se decorridos quarenta e cinco dias da promulgação da medida, não tiver sido ela apreciada pelas Casas Legislativas do Congresso Nacional, o projeto de conversão da medida provisória em lei entrará em regime de urgência, sobrestando-se, até que ocorra deliberação, todas as votações acerca de matéria legislativa na Câmara onde estiver tramitando.

Entretanto, o texto constitucional não é explícito acerca do caso de, ocorrendo a aprovação da medida provisória pelo Senado Federa, com emendas atinentes ao que o foi pela Câmara, o projeto de lei de conversão voltar a esta Casa Legislativa, tal como ocorre no procedimento legislativo comum, nos termos do que está estabelecido no art. 65, parágrafo único da Constituição da República de 1988. Entendemos com Ferreira Filho (2022) que, por uma questão de lógica, essa é a interpretação mais adequada.

No que diz respeito à sanção presidencial. O novo texto constitucional esclarece que o Presidente da República deverá sancionar, e, por conseguinte, poderá vetar parcial, ou totalmente, o projeto de lei de conversão, se este implicar alteração do que consta da medida provisória, nos termos do §12 do art. 62 da Constituição da República de 1988. A *contrario sensu*, tal sanção será dispensada, se a conversão não implicar modificações no texto da medida provisória.

Por sua vez, o §12 do art. 62 da Constituição de República de 1988 explicita que, enquanto não fluir o prazo de sanção, ou veto, ou até a rejeição do veto, o texto da medida provisória vigorará. Nesse caso, o que há é uma presunção que milita em favor da permanência do regime aplicado às relações jurídicas reguladas pela medida provisória (Ferreira Filho, 2022, p. 183).

Importa nesse sentido afirmarmos que o procedimento que deflagra a edição das medidas provisórias não tem outra finalidade, senão a de regular o poder estatal, não somente nas relações jurídicas estabelecidas entre o Estado e os indivíduos, mas, também, nas relações jurídicas entre particulares permeadas pelo exercício ou a renúncia ao exercício dos direitos fundamentais prescritos na Constituição da República de 1988, pois os afetados pelas medidas provisórias editadas pelo Presidente da República somos todos nós, o povo, que consubstanciamos a sociedade civil.

Esse argumento é reforçado pelo discurso de Mill (2018, 134), no sentido de que a sociedade justifica a si mesma, e, assim, reforça a todo custo, as condições por ela impostas aos indivíduos que não cumprem o que é estabelecido pelo Estado, por meio da legislação. Afinal, obedecer ao que dispõe a Constituição da República de 1988 é um dever ao qual todos os indivíduos que consubstanciam a sociedade civil estão obrigados a cumprir, o que abrange os indivíduos investidos no exercício das funções estatais conformadas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

4 O PROCEDIMENTO LEGISLATIVO DAS LEIS DELEGADAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

De acordo com Ferreira Filho (2022, p. 177-178) há outra espécie de ato normativo admitido no ordenamento jurídico constitucional brasileiro em vigor denominado lei delegada. Ela é, na sistemática constitucional, considerada ato normativo elaborado e editado pelo Presidente da República, em razão da existência de autorização do Poder Legislativo, e nos limites específicos que esse Poder constituído circunscreve.

Assim sendo, o Legislativo brasileiro está apto a delegar o poder de edição das novas regras jurídicas ao Poder Executivo, pelo seu chefe. Trata-se, nesse caso, de delegação propriamente dita, nos termos estabelecidos pelo art. 68 da Constituição da República de 1988.

No que diz respeito à delegação ao Executivo, é necessário ressaltar com esteio nos argumentos explicitados por Ferreira Filho (2022) que a adoção dessa espécie legislativa no âmbito do sistema de governo presidencialista é uma audácia. Na realidade, a delegação do poder de edição das regras jurídicas novas, que se opera do Parlamento para o Governo, não mais causa surpresa, nem escândalo, no âmbito do sistema de governo parlamentarista; contudo, no sistema de governo presidencialista, sua admissibilidade é discutível.

De fato, de acordo com a postulação de Ferreira Filho (2022) como o parlamentarismo é caracterizado fundamentalmente pela responsabilidade política atribuída ao Gabinete, sendo este, simultaneamente, a cúpula da maioria parlamentar e sua expressão, motivo pelo qual a perda da maioria provoca a queda de todos os membros do Gabinete ministerial, a delegação do Poder Legislativo pode ser facilmente justificada. Elaborada e aprovada pelo Parlamento, a lei consubstancia a expressão da vontade da maioria parlamentar, pois esta é que decide a respeito dela. Elaborada e aprovada pelo Gabinete, a lei, também exprime a vontade correspondente à maioria parlamentar, embora isso ocorra de modo indireto, considerando que o Gabinete é fruto daquela, e está sob sua dependência.

No sistema de governo presidencialista, a situação é diferente. O Presidente não está subordinado ao Congresso, nem exprime, necessariamente, a sua maioria. Nesse sentido, a delegação que milita em seu favor opera uma concentração de poderes em suas mãos, com exceção, do Poder

Judiciário, que fica de fora. Essa circunstância fortalece o Executivo sobremodo, sem que haja alguma forma de compensação por meio do desenvolvimento de qualquer controle novo.

Entretanto, é tendência observada nos Estados Unidos o desenvolvimento de uma legislação editada pelo Executivo, o que parece ser uma exigência no contexto do *Welfare State*.

Durante a vigência da Constituição da República de 1946, vozes respeitáveis já haviam se manifestado em favor da adoção da delegação legislativa, sem rejeição do presidencialismo, ou com a manutenção dele, inclusive, dentre os quais pode ser mencionado, segundo Ferreira Filho (2022) o nome de Miguel Reale.

O primeiro fator que impulsiona o constituinte a aceitar, seja no sistema de governo parlamentarista, ou, no presidencialista, a delegação promovida pelo Poder Legislativo é a aceleração da edição de novas regras jurídicas. Assim sendo, existem ponderáveis razões que militam em favor da adoção da delegabilidade pelo Legislativo, mesmo no contexto do sistema de governo presidencialista, tal como o fez a atual Constituição da República de 1988.

4.1 A NATUREZA JURÍDICA DA LEI DELEGADA

Um sério problema suscitado pela lei delegada é o que diz respeito à sua natureza jurídica, afinal, não há consenso na doutrina, no sentido de defini-la como ato normativo primário ou secundário.

Em certa medida, como postula Ferreira Filho (2022) o processo de edição da lei delegada estabelece como pressuposto, ou melhor dizendo, como condição de validade, um ato primário individual do Congresso Nacional, que, por sua vez, opera a delegação, e estabelece os limites no âmbito dos quais ela é deferida. Nesse sentido, de certo modo, como afirma Ferreira Filho (2022) a lei delegada promove o desdobramento de um ato primário individual, de modo a sugerir seu enquadramento entre os atos secundários, tal como ocorre com os regulamentos.

Referida análise, entretanto, não parece a melhor. De acordo com Ferreira Filho (2022), se em sua formação a lei delegada poderia ser alocada entre os atos secundários, no que diz respeito ao seu conteúdo e eficácia, ela é um ato primário típico. De fato, as normas estabelecidas pela lei delegada estão no primeiro nível de eficácia, isto é, logo a baixo das constitucionais. Assim sendo, a lei delegada é um ato primário "*derivado de pronto da Constituição, embora condicionado"* (Ferreira Filho, 2022, p. 178, grifo nosso).

4.2 MATÉRIAS VEDADAS À DELEGAÇÃO

A Constituição brasileira vigente não tolera, indiscriminadamente, a delegação do poder de legislar ao Presidente. Nos termos do art. 68, §1º, I, II e III, a delegação não é lícita com relação a determinadas matérias arroladas pelo dispositivo constitucional em questão, a saber, os atos da

competência exclusiva do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, bem como a matéria que está reservada à lei complementar, e a edição de normas que se referem à organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, à carreira, e as garantias que tem seus membros como destinatários, a nacionalidade, a cidadania, direitos individuais políticos e eleitorais, bem como a legislação atinente aos planos plurianuais, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos (Ferreira Filho, 2022, p. 178-179).

A indelegabilidade das competências privativas está justificada pelo seu caráter. Nesse caso, trata-se de disposições que marcam, principalmente, os poderes de controle e fiscalização geral do Congresso Nacional, atinentes ao Poder Executivo, e, em razão disso, não poderiam ser entregues, de modo algum, ao próprio fiscalizado.

No que diz respeito à indelegabilidade da elaboração normativa atinente à matéria indicada acima, e mencionada pelo texto constitucional do §1º e incisos do art. 68 da Constituição da República de 1988, a justificativa está fundamentada em razão da importância dessas matérias para o indivíduo, afinal, elas lhe definem direitos dos mais altos, e para o próprio regime, pois lhe asseguram o funcionamento limpo e honesto do Estado.

Além do mais, não se pode esquecer de que há outra matéria indelegável, ainda que tenha sido omitida pelo artigo 68, §1º, I, II e III, a saber, o aumento ou a instituição de tributos, que só se opera por meio do princípio da legalidade, nos termos estabelecidos pelo art. 150, I da Constituição da República de 1988.

Nesse sentido, o termo “lei” deve assumir o sentido estrito. Esse dispositivo constitucional consubstancia uma reivindicação e uma conquista anterior às democracias, porque essa reserva de lei tem o caráter de limitação ao Poder Executivo, como sempre o teve, constituindo-se manifesto contrassenso a admissão da sua delegação exatamente ao Poder Executivo (Ferreira Filho, 2022, p. 179).

4.3 MODO DE AUTORIZAÇÃO DA DELEGAÇÃO

A delegação do poder de legislar opera-se por meio de resolução. A Constituição da República de 1988 diz expressamente acerca da delegação ao Presidente, porém, isso deflui da lógica do sistema. Além do mais, onde a razão é a mesma, a mesma deve ser a regra.

Isso significa que a delegação ao Presidente se opera por meio de resolução do Congresso Nacional. Contudo, não é de se exigir que referida resolução seja votada em sessão conjunta, isto é, em reunião das Casas do Congresso.

É necessário que tanto o Senado, quanto a Câmara aprovem resolução coincidente acerca da delegação. Nesse caso, não se aplica o preceito sobre a revisão, disposto no artigo 65 da Constituição da República de 1988, que coloca a segunda Câmara em posicionamento de inferioridade. Nada

impede, entretanto, que a resolução seja adotada em sessão conjunta, ou que o regimento do Congresso Nacional disponha nesse sentido (Ferreira Filho, 2022, p. 179).

4.4 DELEGAÇÃO AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

De acordo com Ferreira Filho (2022, p. 179-181) a delegação ao Presidente da República está regulada nos termos definidos pelo art. 68 da Constituição da República de 1988. O dispositivo constitucional determina que a delegação será sempre limitada, no sentido de que o ato de delegação, obrigatoriamente, deve promover a especificação do conteúdo atinente à delegação, e os termos em que ela será exercida. Isso significa que a matéria versada por meio da lei delegada, e, também, o prazo durante o qual será lícito ao Presidente editar normas sobre a matéria, devem ser indicados pelo ato de delegação.

Essa exigência é, portanto, da sua substância. Será inválido, e, por conseguinte, inconstitucional se o ato não fizer a menção. É necessário ressaltar que a menção deve ser precisa, sob pena de descumprimento do preceito constitucional. Entretanto, na prática, pode ser facilmente previsto que será difícil demarcar a fronteira entre o preciso e o impreciso. Nesse caso, é razoável tomar por empréstimo a solução norte-americana.

Nos Estados Unidos, a delegação é reputada válida pela Doutrina e pela Jurisprudência atuais, quando o ato de delegação fixar os parâmetros, ou melhor dizendo, os padrões que nitidamente orientem a ação daquele que receberá a delegação. Em razão disso, será considerada inválida a delegação, se os padrões estabelecidos pelo ato de delegação forem vagos, e imprecisos, pois isso implicaria, não uma verdadeira delegação, mas uma abdicação.

Por conseguinte, a lei delegada será inválida por excesso de poder[15], quando extrapolar a matéria que constitui objeto da delegação.

Por outro lado, para que a delegação seja considerada constitucional, deverá ser temporária. Assim sendo, em nenhuma hipótese, a delegação terá validade durante todo o período compreendido por uma legislatura, pois isso importaria em abdicação, não, em uma delegação.

O caráter temporário da delegação suscita três indagações. A primeira delas diz respeito à possibilidade de, durante o prazo para o seu exercício, o Presidente editar mais de uma lei delegada que veicule a mesma matéria. A segunda questão diz respeito sobre a possibilidade de o Legislativo, no prazo estabelecido pelo ato de delegação, editar lei ordinária que veicule essa matéria. A terceira

[15] "FISCALIZAÇÃO – LEI DELEGADA Nº. 4/62 – RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. A Lei Delegada nº. 4/62 foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, no que revela o instrumento normativo como meio para reprimir o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros - §4º do artigo 173 – bem como quanto à atuação fiscalizadora do Estado – artigo 174, ambos da Carta Política em vigor
Decisão: Por unanimidade a turma negou provimento ao agravo regimental. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Mauricio Corrêa e Nelson Jobim. 2ªTurma, 20.02.2001" (Mello, 2001). Acesso em 27 de janeiro de 2026. Disponível em http://www.jurisprudencia.stf.jus.br>.

questão, que está muito próxima da segunda, consiste em saber se o Legislativo pode promover o desfazimento da delegação, retirando-a antes do término do prazo que fora concedido para o seu exercício.

A resposta aos três questionamentos deve ser afirmativa. Afinal, se a delegação é deferida por prazo certo, ela persistirá durante todo o prazo, assim sendo, não há motivos pelos quais não possa o Presidente editar mais de uma lei no curso do prazo concedido pelo ato de delegação.

Por outro lado, a delegação não priva o Legislativo de qualquer parcela que corresponda ao seu poder, nem lhe retira o exercício deste. Há, nesse caso, simplesmente, uma habilitação. Nesse sentido, o poder delegante não renuncia à faculdade de editar, por si, leis que veiculem matéria atinente à lei delegada. Do mesmo modo, nada impede que o Legislativo revogue essa delegação, se esse comportamento lhe parecer conveniente.

O art. 68 da Constituição brasileira vigente enuncia duas modalidades de lei delegada presidencial. A primeira delas é a típica lei delegada editada pelo Presidente. Ela consiste no estabelecimento de regras jurídicas por meio de sua promulgação levada a efeito pelo Presidente. O ato de promulgação é aquele que, simultaneamente, cria a norma e atesta a sua perfeição. Nesse caso, a lei delegada se apresenta como uma ato simples condicionado por outro ato, que é a delegação. Entretanto, essa situação jurídica suscita dúvida acerca da sua natureza, especificamente, no sentido de se poder afirmar, ou não, ser ela um ato complexo.

Ferreira Filho (2022, p. 180) sustenta que para a corrente majoritária da Doutrina brasileira, um dos traços que caracterizam o ato complexo é a identidade de conteúdo das manifestações que se fundem, ou se integram no ato complexo. Acolhendo-se esse postulado, a qualidade de ato complexo deve ser recusada à lei delegada. E a justificativa está fundamentada pela carência de identidade quanto ao conteúdo entre o que opera a delegação, estabelecendo, embora, a matéria e os padrões, definidos pela Constituição da República de 1988 de modo impreciso como ‘conteúdo’, e o ato presidencial que edita normas jurídicas, mesmo que consubstanciem desdobramento desses padrões (*standards)*.

Contudo, há autores que não consideram a identidade de conteúdo elemento essencial do ato complexo. Para essa corrente doutrinária, os elementos essenciais constituem o fim unitário. Analogia de interesses, homogeneidade com relação à atividade e exercício correspondentes ao mesmo poder. Nesse sentido, para tal corrente doutrinária, não lhes parece que a identidade de conteúdo e da manifestação de vontades se configure elemento essencial do ato delegatório. Assim sendo, basta que essas vontades tendam a um fim unitário. Sob tal perspectiva, a lei delegada editada pelo Presidente é um ato complexo, porque a vontade do Congresso Nacional e a do Presidente, embora não apresentem conteúdo idêntico, visam ao mesmo fim. Além disso, todos os demais elementos característicos do ato complexo são facilmente identificados nessa espécie de ato normativo (Ferreira Filho, 2022, p. 180-181).

Esse é o posicionamento de Ferreira Filho (2022) com qual concordamos. Afinal, a integração ou a fusão de vontades se opera em razão de um fim comum. Nesse sentido, o conteúdo se apresenta simplesmente como uma consequência dessa comunidade de fim. É o fim comum o que prevalece, mesmo que haja disparidades de conteúdo. Se não fosse assim, haveria desigualdade de peso nas vontades, inerente ao ato complexo desigual, e tal circunstância não permitiria a criação do ato complexo. O decreto legislativo que põe fim ao processo de elaboração das leis no âmbito do Congresso Nacional é sempre um ato complexo, mesmo que uma das Casas Legislativas rejeite, e assim, elimine o texto final, as emendas que foram aprovadas pela Casa Legislativa Revisora.

A segunda modalidade de lei delegada, foge dos padrões usuais de delegação do Poder Legislativo ao Executivo. Na verdade, essa segunda espécie de lei delegada consiste numa inversão do processo de elaboração das leis ordinárias.

No processo ordinário, o Congresso Nacional estabelece as regras, e o Presidente promove a sanção das mesmas. No processo estabelecido para a edição dessa segunda modalidade de lei delegada, o Congresso Nacional delega, e especifica o conteúdo e o termo no sentido de indicar o modo pelo qual se operará a delegação ora deferida, para o estabelecimento de regras jurídicas novas a serem editadas pelo Presidente. Entretanto, o Congresso Nacional se reserva o direito de apreciar o projeto de lei delegada editado pelo Presidente, como conclusão da elaboração do novo texto. Assim sendo, quem sanciona o projeto elaborado pelo Poder Executivo é o Congresso Nacional.

Essa é a interpretação que decorre do art. 68, §3º da Constituição da República de 1988, que dispõe que a resolução que outrora a delegação poderá permitir que o Congresso Nacional aprecie o projeto de lei editado pelo Presidente da República por meio de votação única, vedada a possibilidade de qualquer emenda.

Esse procedimento, é, na verdade, uma previsão inútil da Constituição. Afinal, para que o Presidente estabeleça o texto de um projeto de lei, não é necessária a delegação, pois o Executivo é dotado pela própria Constituição, de iniciativa ampla. Nesse sentido, considerando essa segunda modalidade de lei delegada, a inovação emblemática é a vedação às emendas ao projeto de lei. Trata-se de uma 'vantagem' largamente compensada pela ausência de prazo para manifestação do Congresso Nacional, e, principalmente, pela necessidade de habilitação prévia.

Sem dúvida, essa segunda modalidade de lei delegada consubstancia a natureza jurídica de ato complexo, e não há lugar para dúvida, que a primeira modalidade de lei delegada presidencial suscita. A segunda modalidade de lei delegada presidencial surge a partir da manifestação de vontade do Presidente, que estabelece uma conjugação com a manifestação volitiva do Congresso Nacional, tendo, ambas, o mesmo conteúdo, além de apresentarem os mesmos caracteres já mencionados, dos que a Doutrina empresta aos denominados atos complexos (Ferreira Filho, 2022, p. 181).

Considerando a complexidade que entrecorta o ato de delegação promovido pelo Congresso, em razão do deferimento concedido por ele ao Presidente, é necessário recordarmos com Mill (2018, p. 199-202) que o princípio da segurança das relações jurídicas pode ser explicitado nos seguintes termos: o Estado deve envidar esforços para promover a maior disseminação do poder, com a maior eficiência possível, acompanhadas da difusão quanto às informações veiculadas à sociedade civil a partir desse centro.

Entretanto, um governo não pode concentrar muitos tipos de atividade, sem que em relação a elas, estabeleça restrições, reforçando, porém, o seu auxílio, estímulo, e desenvolvimento dos indivíduos que consubstanciam um dos elementos caracterizadores do Estado, a saber, o povo.

Assim sendo, para que não ocorra a violação ao princípio da separação de poderes, aqueles que estão investidos no exercício dos poderes constituídos, de acordo com (Mill, 2018) não devem substituir a sua própria atividade em detrimento da promoção e do desenvolvimento da sociedade civil, sob pena de corromperem o bom governo que deve estar orientado em prol do bem comum.

É necessária uma delimitação à liberdade individual por parte do Estado, e nesse sentido é Mill (2018, p. 191-194) quem explicita as situações em que o Estado está autorizado a intervir no exercício da liberdade individual em prol do bom governo.

A primeira situação é aquela em que a intervenção estatal deve ser a mínima possível, a fim de assegurar aos indivíduos o exercício da sua liberdade reconhecida pelo Estado, e, também, para que realizarem aquilo que somente eles podem realizar em seu benefício de modo mais eficiente que o próprio Estado poderia fazê-lo. Nessa situação, o princípio regente não é outro, senão o da autonomia da vontade individual.

A segunda situação se relaciona com a necessária intervenção estatal no exercício da autonomia da vontade individual. Ela diz respeito ao exercício das funções públicas nas quais estão investidos os indivíduos que exercem os poderes constituídos, a saber, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

É desejável que referidos indivíduos desempenhem as funções estatais às quais estão vinculados com a finalidade de promover suas faculdades ativas, exercer julgamentos, e, fornecer aos demais a familiaridade com os assuntos com os quais esses indivíduos são obrigados a lidar.

Isso implica o desenvolvimento da educação nacional, ou, em outros termos, um treino prático dos cidadãos à parte prática que constitui a educação política de um povo livre, tornando-os aptos a discutir, deliberar e agir orientados por motivos públicos ou semi - públicos. Assim sendo, sua conduta deve orientar-se aos objetivos que consubstanciem a união dos indivíduos, e não, a isolá-los uns dos outros.

Sob a perspectiva utilitarista, o Estado poderia tornar-se um depósito central, ativador, e difusor da experiência que se relaciona com o desenvolvimento das operações governamentais, que devem ser gerenciadas, tanto pelo Estado, quanto pela sociedade civil. A responsabilidade do Estado estaria

delimitada pela atribuição que lhe cabe, no sentido de capacitar cada experimentalista a se beneficiar dos experimentos de outros, ao invés de aproveitar somente os seus experimentos.

A terceira situação que reclama a intervenção estatal na autonomia da vontade individual, é a que diz respeito à necessidade de se evitar o mal que pode decorrer do aumento desenfreado do poder em prejuízo do próprio Estado. Isso significa que cada função que é acrescida àquelas que já estão discriminadas, e definidas, provoca nos demais indivíduos, parte constituinte do Estado que são e devem ser, a difusão da sua influência sobre as esperanças e os medos daqueles.

Além do mais, o aumento desnecessário do poder estatal tem a capacidade de converter cada vez mais a parte ativa e ambiciosa do público em cabides governamentais ou de algum partido, cujas aspirações consistam em ocupar o governo.

Por essas razões e motivos, essas três exceções à intervenção na autonomia da vontade individual por parte do Estado constituem de acordo com Mill (2018, p. 195) a válvula de segurança do sistema, e aqui nos referimos ao sistema de separação dos poderes. A violação ao princípio da separação dos poderes implica, sobretudo, o enfraquecimento da soberania territorial do Estado, considerando que ela, a soberania brasileira, deve ser exercida em prol da finalidade estatal, que constitui a concretização do bem estar dos indivíduos na maior medida possível.

As atribuições das pessoas investidas no exercício dos poderes constituídos, independentes e harmônicos entre si, nos termos estabelecidos pela Constituição da República de 1988 obrigam-nas a informar, aconselhar, e, até mesmo, denunciar à sociedade civil os casos de violação desse princípio como postulado por (Mill, 2018) para assim, reafirmar, e concretizar a premissa de que os poderes constituídos devem ser subordinados, pela relação de precedência definida pelo legislador constituinte originário, ao princípio da soberania popular que não sem razão, está clausulado no art. 1º do texto constitucional de 1988.

Falta ao Estado brasileiro fomentar com eficiência e eficácia o desenvolvimento da educação nacional, e promover o desenvolvimento da cultura política do povo, para que ele, o povo, possa discutir, deliberar e agir orientado por motivos de ordem pública. Assim sendo, a conduta popular deve estar orientada em direção aos objetivos que promovam a união do povo, com vistas a não separá-lo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema de separação de poderes é formalista, jamais tendo sido praticado. Isso implica sustentar como contra-argumento, que a análise atinente ao comportamento dos órgãos estatais, mesmo, onde a Constituição consagra de modo enfático a separação dos poderes, está a demonstrar que sempre houve intensa atividade de interpretação. Quer isto dizer que, ou o órgão de um dos poderes pratica atos que, a rigor, seriam específicos de outro, ou pode ser verificada a influência de fatores

extralegais, o que implica a predominância de algum dos Poderes constituídos sobre os demais, o que culmina, tão somente, em uma separação de poderes aparente.

Há, ainda outro argumento contra o sistema, e que diz respeito à sua incapacidade de jamais conseguir assegurar a liberdade individual, ou o caráter democrático do Estado. A sociedade plena de injustiças, situada no contexto histórico do liberalismo, marcada por acentuadas desigualdades e a efetiva garantia de liberdade reconhecida somente para um restrito número de privilegiados foi construída à sombra da separação de poderes.

Isso significa que, embora, já, àquela época, formalmente, ela existisse, houve, e, ainda há executivos antidemocráticos que, de fato, transacionam com o Poder Legislativo sem que isto implique a ruptura das normas constitucionais. Por outro lado, não é raro que o Poder Legislativo, inserido no sistema da separação de poderes, não consiga exprimir, o mínimo de representatividade, circunstância que o torna antidemocrático.

As críticas mais recentes estão dirigidas a outro aspecto fundamental que lembra a polêmica acerca dos poderes, e das funções estatais. Como se tem observado, a separação de poderes foi concebida num contexto histórico, cujo objetivo consistia na limitação dos poderes do Estado, e, por conseguinte, na redução ao mínimo de sua atuação.

Contudo, a evolução da sociedade criou novas exigências que atingiriam profundamente o Estado. Ele passou a ser cada vez mais solicitado a agir, e esta é uma circunstância que promoveu a ampliação da sua esfera de ação, e intensificou sua participação em âmbitos tradicionais. Isso impôs a necessidade de numerosa legislação, cada vez mais técnica, e incompatível com os modelos teóricos da separação de poderes. O Legislativo não tem condições para estabelecer regras gerais sem que a ele seja permitido conhecer o que já foi, ou está sendo realizado pelo Executivo, e sem saber de quais meios o Executivo dispõe para efetivamente atuar.

Por outro lado, o Executivo não pode ficar a mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre concluído de modo adequado, para, só, então, responder aos reclamos sociais, que são, muitas vezes, graves e urgentes.

Contudo, embora a inadequação organizacional do Estado seja patente, a separação de poderes consiste um dogma, que aliado ao ideal democrático, provoca no próprio Estado e nos indivíduos o temor de afrontá-lo expressamente. Por conseguinte, se faz necessária a busca de outras soluções que permitam o aumento, isto é, a otimização da eficiência estatal, mantendo a aparente separação de poderes.

Dentre as tentativas levadas a efeito para efetivamente colocar em evidência, e em termos pragmáticos, o princípio da separação de poderes, duas merecem ser destacadas em razão da sua amplitude, bem como das consequências por elas acarretadas:

A primeira delas é a delegação de poderes: recebida incialmente com reservas, e despertando muita resistência, a delegação de poderes, e, em especial, a delegação de Poder Legislativo foi, aos poucos permeando as Constituições. Atualmente, e superada a fase de resistência com relação à tal solução para o problema suscitado pela possibilidade de usurpação de competências, pode ser admitido como fato normal a delegação, que, entretanto, exige sua limitação no tempo, e, também, quanto ao seu objeto. Aqueles que têm, ainda temores aos efeitos provocados pela delegação não a recusam totalmente, mas sustentam, contudo, que determinadas competências devem ser consideradas indelegáveis.

A outra alternativa é a transferência constitucional de competências. Ela ocorre com relativa frequência, e se opera por meio de reforma constitucional ou, até mesmo, por meio da promulgação de novas Constituições. O recurso à transferência constitucional de competências requer, entretanto, a obediência rigorosa ao processo (ou procedimento como preferimos) de emendas à Constituição, ou por meio do uso de um processo autêntico de elaboração constitucional, por meio do qual surgem novas Constituições não apegadas ao rigor sistêmico de freios e contrapesos, embora mantenham a aparente separação de poderes.

Assim sendo, fica evidente, como tem comprovado a experiência, que referidas soluções são artificiais, porque mantém uma organização, sem entretanto, manterem o funcionamento que determinou a sua criação.

As exigências de efetiva garantia da liberdade para todos os indivíduos, e, simultaneamente, da atuação democrática do Estado, estão a reivindicar dele maior dinamismo, e a constante presença na vida social. Isso é, portanto, incompatível com a compreensão tradicional da separação de poderes. É necessário o reconhecimento de que o dogma da rígida separação formal está datado, o que exige a completa reorganização do Estado de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios informadores do Estado de Direito Democrático.

Tanto a sociedade quanto os indivíduos que a constituem devem receber suas devidas parceles de responsabilidade, se a elas é dado aquilo que lhes é mais conveniente. Afinal, todos aqueles que requerem a proteção social são devedores desse benefício.

No contexto histórico do Direito Constitucional brasileiro contemporâneo, a Constituição da República de 1988 é constituída por duas espécies normativas, ou textos jurídicos, não raras vezes colidentes: as regras e os princípios.

A natureza jurídica dos princípios postulada por Alexy como mandados de otimização implica o acolhimento da máxima da proporcionalidade, e, por conseguinte, das suas três máximas parciais, a saber, a adequação, a necessidade (isto é, o mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito, isto é o sopesamento propriamente dito, que é uma decorrência lógica da natureza jurídica dos princípios. Isso significa que a proporcionalidade é deduzível dessa

natureza. A exigência do sopesamento se opera em razão da relativização em face das possibilidades jurídicas. Por outro lado, as máximas da adequação e da necessidade são decorrência da natureza jurídica dos princípios compreendidos como mandados de otimização em face das possibilidades fáticas.

O critério que distingue as regras dos princípios, de acordo com a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos veiculados e garantidos por essas normas. No caso das regras, os direitos garantidos, ou os deveres impostos se operam em caráter definitivo. Por outro lado, no caso dos princípios, os direitos são garantidos, e os deveres são impostos *prima facie.*

O conceito de conflitos normativos é um tema sobre o qual há muitas polêmicas, principalmente, sua relação com demais conceitos afins, e que, não raras vezes, são tomados como sinônimos, ou, como coisa distinta. Esse é o caso das colisões entre normas, e, também, o das contradições normativas, considerando que existem poucos pontos pacificados no âmbito do debate jurídico.

Quando se fala em conflito normativo, a referência está dirigida aos conflitos entre as regras, e às colisões entre os princípios, e, com algumas relativizações, também, à colisão entre regras e princípios. Assim sendo, um conflito normativo consiste na possibilidade de aplicar-se, a um mesmo caso concreto, duas ou mais normas, cujas consequências jurídicas se mostrem no caso a ser solucionado, total ou parcialmente incompatíveis.

Nos conflitos entre regas, há alguma forma de declaração de invalidade. Isso significa que o conflito a ser solucionado opera-se no plano da validade, isto é, ou a regra é válida ou é inválida, e, por conseguinte, não aplicável ao caso concreto.

Por outro lado, a colisão entre princípios deve ser resolvida de modo diferente. Não se fala, nesse caso, acerca da declaração de invalidade sobre um deles, nem na possibilidade de inclusão de uma cláusula de exceção. No caso da colisão de princípios, o critério para a solução da colisão entre eles se opera por meio da fixação de relações condicionadas de precedência, em razão de serem considerados mandados de otimização Em outros termos, a relação de precedência entre os princípios é sempre condicionada à situação delimitada pelo caso concreto, e não se consolida de antemão.

A colisão entre regras e princípios opera-se nos termos seguintes: não se pode falar em uma colisão propriamente dita, pois o que há é o estabelecimento de uma relação de restrição, da qual a regra é a expressão. Como o resultado da “colisão” entre uma regra e um princípio, a regra que resulta dessa relação de restrição deve ser aplicada por meio da subsunção.

A colisão entre uma regra e um princípio é considerada uma construção da Jurisprudência. Isso significa que uma vez consolidado um entendimento em determinado sentido, uma regra de exceção à regra proibitiva é criada. Assim sendo, mesmo considerada como construção promovida pela Jurisprudência, o sopesamento entre os princípios e sua aplicação por meio da subsunção é o mesmo.

Criada a regra excepcional é válido para ela o raciocínio que implica o estabelecimento de um direito ou de um dever em caráter definitivo, que é uma especificidade correspondente às espécies normativas definidas como regras.

A distinção entre as espécies normativas veiculadas pela Constituição da República de 1988 permite-nos afirmar que o princípio da divisão de poderes consubstancia-se em um princípio geral de Direito Constitucional inscrito na Constituição da República de 1988 como um dos princípios fundamentais por ela adotados. Nos termos do seu artigo 2º está prescrito que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são poderes concernentes à União, e que referidos poderes constituídos são independentes e harmônicos entre si. Contudo, Poder Executivo e Poder Judiciário são expressões que apresentam duplo sentido.

Essas expressões exprimem, a um tempo, as funções legislativa, executiva e jurisdicional, além de indicarem os respectivos órgãos, de acordo com a descrição e a discriminação que são estabelecidas no título específico da organização dos poderes.

Considerando o Estado como grupo social máximo e total, ele é dotado de um poder político, isto é, de um poder estatal. A sociedade civil abarca, assim, múltiplos grupos sociais diferenciados, e indivíduos aos quais o poder político deve coordenar, por meio da imposição de regras e limites em função dos fins globais a serem realizados pelo Estado.

Sob essa perspectiva, pode-se constatar que o poder político é superior a todos os demais poderes sociais, os quais reconhece, rege e domina para estabelecer a coordenação entre esses grupos e os indivíduos entre si, e de modo recíproco, a fim de manter o mínimo de ordem e, simultaneamente, estimular o máximo de progresso para a concretização do bem comum.

A superioridade do poder político consubstancia a soberania estatal, que implica independência confrontada com todos os poderes exteriores à sociedade estatal. O poder político consubstancia a soberania externa, e afirma a supremacia sobre todos os poderes sociais internos à mesma sociedade estatal, e que constituem a soberania interna.

Como estrutura social que é, o Estado é carente de vontade real e própria. Ele manifesta-se por meio de seus órgãos que não exprimem senão de modo exclusivo, vontade humana. Os órgãos estatais são supremos, isto é, constitucionais, ou dependentes, ou seja, administrativos.

O Governo constitui o conjunto de órgãos mediante os quais a vontade estatal é formulada, expressada e realizada, ou, em outros termos, o conjunto de órgãos supremos aos quais incumbe o exercício das funções atinentes ao poder político. Num sentido estrito e habitual, considera-se governo somente o órgão que exerce a função executiva, e que está oposto ao Legislativo. Nos sistemas de governo parlamentaristas, o termo governo está reservado para o Poder Executivo, exercido pelo Conselho Ministerial.

O poder político se manifesta por meio de suas funções exercidas e cumpridas pelos órgãos governamentais. O poder político uno, indivisível e indelegável está desdobrado e composto de várias funções, o que permite distingui-las em três espécies, a saber, a função legislativa, a executiva, e a jurisdicional.

A função legislativa compreende a edição de regras gerais, abstratas impessoais, que inovam a ordem jurídica, denominadas leis. A função executiva tem a finalidade de resolver os problemas concretos e individualizados, em conformidade com as leis. Ela não se limita à simples execução das leis, pois comporta prerrogativas, e essa função abarca todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal. A partir desse argumento, pode-se afirmar que a função executiva se distingue em função de governo, compreendidas nela, as atribuições políticas, colegislativas e de decisão; e, função administrativa, que compreende três missões fundamentais, a saber, a intervenção, o fomento e o serviço público.

Por fim, a função jurisdicional tem seu objeto circunscrito à aplicação do Direito aos casos concretos, com a finalidade de dirimir os conflitos de interesse.

No contexto do Constitucionalismo contemporâneo, o princípio da separação de poderes não configura a rigidez de outrora. A ampliação das atividades estatais impôs nova compreensão da teoria da separação dos poderes , e estabeleceu novas formas relacionais entre os órgãos legislativo e executivo, e destes com o judiciário, o que nos permite falar em colaboração de poderes , uma característica do parlamentarismo, em que o governo está subordinado à confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no sistema de governo presidencialista desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e a harmonia dos poderes.

A independência dos poderes significa que a investidora e a permanência das pessoas nos órgãos governamentais não dependem da confiança nem da vontade dos outros. Além do mais, deve ser considerado que, no exercício das suas atribuições próprias, os titulares não necessitam de consultar os outros, e nem necessitam da sua autorização. No que diz respeito à organização dos respectivos serviços, cada um é livre, desde que sejam observadas as disposições constitucionais e legais.

A harmonia entre os poderes pode ser verificada em primeiro lugar, pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que todos, mutuamente, têm direito. Por outro lado, é necessário ressaltar que nem a divisão funcional entre os órgãos do poder, nem a sua independência são absolutas. Existem interferências que são necessárias, e que estão a estabelecer um sistema de freios e contrapesos, cuja finalidade consiste em buscar o equilíbrio indispensável à realização do bem da coletividade para evitar o arbítrio e os desmandos de um em detrimento do outro, principalmente, daqueles que são governados.

O que o princípio da harmonia entre os poderes constituídos no contexto da Constituição da República de 1988 está a afirmar é a verificação de que entre tais poderes constituídos deve existir

constante colaboração e controle recíproco, que, aliás integra o mecanismo de freios e contrapesos, para evitar distorções e desmandos. Afinal, a desarmonia se opera sempre que são acrescidas atribuições, faculdades e prerrogativas de um poder constituído em detrimento de outro.

No Brasil, as Constituições anteriores a de 1988 prescreviam o princípio da divisão de poderes por meio da especificação de que era vedado a qualquer dos poderes a delegação de atribuições, de modo que quem fosse investido no exercício da função de um deles, não poderia exercer as atribuições específicas de outro, com ressalva para as exceções nelas previstas.

Tais especificações são, realmente desnecessárias, pois a Constituição vigente estabelece incompatibilidades, assim como o faziam as Constituições anteriores, no que diz respeito ao exercício funcional dos poderes, notadamente, a partir do estatuído pelo artigo 54 da Constituição da República de 1988, e, porque os limites e exceções ao princípio em análise são decorrências de normas a serem pesquisadas no texto constitucional.

As exceções ao princípio da separação de poderes mais marcantes consistem na possibilidade de adoção por parte do Presidente da República de medidas provisórias com força de lei, nos termos especificados pelo texto constitucional do artigo 62, e na autorização de delegação de atribuições legislativas ao Presidente da República, nos termos estabelecidos pelo artigo 68 da Constituição da República de 1988.

A Constituição vigente promoveu a substituição do Decreto-Lei do Direito anterior pelas medidas provisórias. Estas consubstanciam-se atos normativos com força de lei editados pelo Presidente da República em casos de relevância e urgência.

A medida provisória foi estabelecida na Constituição da República de 1988 para o caso de uma emergência qualificada pela relevância. Isso significa que a medida provisória é um instrumento legiferante de urgência.

A Emenda à Constituição nº 32/2001 estabeleceu o rol de matérias que não mais podem ser objeto de medidas provisórias, a saber, a) nacionalidade; b) cidadania; c) direitos políticos; d) partidos políticos; e) direito eleitoral; f) direito penal; g) direito processual penal; h) direito processual civil; i) organização do Poder Judiciário; j) organização do Ministério Público; k) a carreira e a garantia dos membros do Judiciário e do Ministério Público; l) planos plurianuais; m) diretrizes orçamentárias; n) orçamento e créditos adicionais e suplementares, com a ressalva estabelecida pelo texto constitucional do artigo 167, §3º.

A nova redação do artigo 62 da Constituição da República de 1988 estabelece o prazo de sessenta dias para que se opere a conversão, e, além disso, autoriza a prorrogação automática desse prazo, por mais sessenta dias, nos termos prescritos pelo §3º, entretanto, a prorrogação em questão é admitida somente uma única vez, de acordo com o §7º.

Quanto à eficácia da medida provisória, ela é imediata, isto é, produz efeitos jurídicos desde a sua publicação.

Quanto ao valor dos efeitos produzidos, embora §3º do art. 62 com a nova redação continue a estatuir que as medidas provisórias não convertidas em lei perderão sua eficácia com efeitos retroativos, ele ressalva as situações regidas pelos §§ 11 e 12 do preceito constitucional em questão.

Existe uma profunda modificação, quando comparada a nova redação com o texto constitucional primitivo. Nele, os efeitos produzidos pela medida provisória não convertida em lei eram passíveis de desconstituição, salvo disposição em contrário. Hoje, eles permanecem válidos, salvo se o decreto legislativo estabelecer disposições em contrário, e no prazo mencionado de sessenta dias.

A provisoriedade é outra característica da medida, pois trata-se de atividade legiferante provisória, e com eficácia imediata. De fato, a medida provisória reclama sua conversão em lei, o que enseja uma verdadeira atividade legiferante promovida pelo Congresso Nacional.

No que diz respeito à reedição, o texto inicial da Constituição não abordava a possibilidade de renovação da medida provisória. Dele, parece inferir-se, ao contrário, que a renovação da medida provisória não seria possível. Isso significa que fluído o prazo de trinta dias, ele caducaria, o que implicaria a produção de efeitos retroativos, exceto se o Congresso Nacional dispusesse em sentido contrário quanto a esses.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal tolerou essa possibilidade de reedição das medidas provisórias, o que ensejou o abuso, e, em última análise, a insegurança jurídica. É em razão disso, que a nova redação não permite, ou, melhor dizendo, proíbe a reedição de medidas provisórias não convertidas em lei na mesma sessão legislativa, seja por rejeição do Congresso Nacional, seja pelo decurso do prazo de sessenta dias sem que tenha ocorrido tal conversão. O objetivo da medida não é outro, senão, coibir a prática mencionada.

O §9º do artigo 62 da constituição da República de 1988 estabelece que a medida provisória constitua objeto e exame e parecer por uma Comissão Mista constituída por Deputados e Senadores.

Em seguida, a conversão da medida provisória em lei deverá ser analisada separadamente pela Câmara dos Deputados, e, posteriormente, se aprovada nesta Casa, deve seguir para análise a ser promovida pelo Senado Federal. É necessário ressaltar que o §5º do art. 62 da Constituição da República de 1988 está a reclamar, em cada Casa Legislativa, um juízo prévio acerca do atendimento dos pressupostos estabelecidos pela Constituição, isto é, sobre a urgência e a relevância, bem como sobre o seu cabimento, ou seja, a não veiculação de matéria vedada por meio dessa espécie normativa.

O novo texto constitucional estabelece que, se decorridos quarenta e cinco dias da promulgação da medida, não tiver sido ela apreciada pelas Casas Legislativas do Congresso Nacional, o projeto de

conversão da medida provisória em lei entrará em regime de urgência, sobrestando-se, até que ocorra deliberação, todas as votações acerca de matéria legislativa na Câmara onde estiver tramitando.

O novo texto constitucional esclarece que o Presidente da República deverá sancionar, e, por conseguinte, poderá vetar parcial, ou totalmente, o projeto de lei de conversão, se este implicar alteração do que consta da medida provisória, nos termos do §12 do art. 62 da Constituição da República de 1988. A *contrario sensu*, tal sanção será dispensada, se a conversão não implicar modificações no texto da medida provisória.

O novo texto constitucional esclarece que o Presidente da República deverá sancionar, e, por conseguinte, poderá vetar parcial, ou totalmente, o projeto de lei de conversão, se este implicar alteração do que consta da medida provisória, nos termos do §12 do art. 62 da Constituição da República de 1988. A *contrario sensu*, tal sanção será dispensada, se a conversão não implicar modificações no texto da medida provisória.

Por sua vez, o §12 do art. 62 da Constituição de República de 1988 explicita que, enquanto não fluir o prazo de sanção, ou veto, ou até a rejeição do veto, o texto da medida provisória vigorará. Nesse caso, o que há é uma presunção que milita em favor da permanência do regime aplicado às relações jurídicas reguladas pela medida provisória.

A sociedade justifica a si mesma, e, assim, reforça a todo custo, as condições por ela impostas aos indivíduos que não cumprem o que é estabelecido pelo Estado, por meio da legislação. Afinal, obedecer ao que dispõe a Constituição da República de 1988 é um dever ao qual todos os indivíduos que consubstanciam a sociedade civil estão obrigados a cumprir, o que abrange os indivíduos investidos no exercício das funções estatais conformadas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Há outra espécie de ato normativo admitido no ordenamento jurídico constitucional em vigor denominado lei delegada. Ela é, na sistemática constitucional, considerada ato normativo elaborado e editado pelo Presidente da República, em razão da existência de autorização do Poder Legislativo, e nos limites específicos que esse Poder constituído circunscreve.

A adoção dessa espécie legislativa no âmbito do sistema de governo presidencialista é uma audácia. Na realidade, a delegação do poder de edição das regras jurídicas novas, que se opera do Parlamento para o Governo, não mais causa surpresa, nem escândalo, no âmbito do sistema de governo parlamentarista; contudo, no sistema de governo presidencialista, sua admissibilidade é discutível.

Como o parlamentarismo é caracterizado fundamentalmente pela responsabilidade política atribuída ao Gabinete, sendo este, simultaneamente, a cúpula da maioria parlamentar e sua expressão, motivo pelo qual a perda da maioria provoca a queda de todos os membros do Gabinete ministerial, a delegação do Poder Legislativo pode ser facilmente justificada. Elaborada e aprovada pelo Parlamento, a lei consubstancia a expressão da vontade da maioria parlamentar, pois esta é que decide

a respeito dela. Elaborada e aprovada pelo Gabinete, a lei, também exprime a vontade correspondente à maioria parlamentar, embora isso ocorra de modo indireto, considerando que o Gabinete é fruto daquela e está sob sua dependência.

No sistema de governo presidencialista, a situação é diferente. O Presidente não está subordinado ao Congresso, nem exprime, necessariamente, a sua maioria. Nesse sentido, a delegação que milita em seu favor opera uma concentração de poderes em suas mãos, com exceção, do Poder Judiciário, que fica de fora. Essa circunstância fortalece o Executivo sobremodo, sem que haja alguma forma de compensação por meio do desenvolvimento de qualquer controle novo.

O primeiro fator que impulsiona o constituinte a aceitar, seja no sistema de governo parlamentarista, ou, no presidencialista, a delegação promovida pelo Poder Legislativo é a aceleração da edição de novas regras jurídicas. Assim sendo, existem ponderáveis razões que militam em favor da adoção da delegabilidade pelo Legislativo, mesmo no contexto do sistema de governo presidencialista, tal como o fez a atual Constituição da República de 1988.

No que diz respeito à sua natureza jurídica, a lei delegada é considerada um ato primário, que embora seja derivado da Constituição, é, também, um ato condicionado.

Nos termos do art. 68, §1º, I, II e III, a delegação não é lícita com relação a determinadas matérias arroladas pelo dispositivo constitucional em questão, a saber, os atos da competência exclusiva do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, bem como a matéria que está reservada à lei complementar e a edição de normas que se referem à organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, à carreira, e as garantias que tem seus membros como destinatários, a nacionalidade, a cidadania, direitos individuais políticos e eleitorais, bem como a legislação atinente aos planos plurianuais, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos.

A indelegabilidade das competências privativas está justificada pelo seu caráter. Nesse caso, trata-se de disposições que marcam, principalmente, os poderes de controle e fiscalização geral do Congresso Nacional, atinentes ao Poder Executivo, e, em razão disso, não poderiam ser entregues de modo algum ao próprio fiscalizado.

No que diz respeito à indelegabilidade da elaboração normativa atinente à matéria indicada acima, e mencionada pelo texto constitucional do §1º e incisos do art. 68 da Constituição da República de 1988, a justificativa está fundamentada em razão da importância dessas matérias para o indivíduo, afinal, elas lhe definem direitos dos mais altos, e para o próprio regime, pois lhe asseguram o funcionamento limpo e honesto do Estado.

Além do mais, não se pode esquecer de que há outra matéria indelegável, ainda que tenha sido omitida pelo artigo 68, §1º, I, II e III, a saber, o aumento ou a instituição de tributos, que só se opera por meio do princípio da legalidade, nos termos estabelecidos pelo art. 150, I da Constituição da República de 1988.

Nesse sentido, o termo “lei” deve assumir o sentido estrito. Esse dispositivo constitucional consubstancia uma reivindicação e uma conquista anterior às democracias, porque essa reserva de lei tem o caráter de limitação ao Poder Executivo, como sempre o teve, constituindo-se manifesto contrassenso a admissão da sua delegação exatamente ao Poder Executivo.

A delegação do poder de legislar ao Presidente se opera por meio de resolução do Congresso Nacional. Contudo, não é de se exigir que referida resolução seja votada em sessão conjunta, isto é, em reunião das Casas do Congresso.

É necessário que tanto o Senado, quanto a Câmara aprovem resolução coincidente acerca da delegação. Nada impede, entretanto, que a resolução seja adotada em sessão conjunta, ou que o regimento do Congresso Nacional disponha nesse sentido.

A delegação ao Presidente da República está regulada nos termos definidos pelo art. 68 da Constituição da República de 1988. O dispositivo constitucional determina que a delegação será sempre limitada, no sentido de que o ato de delegação, obrigatoriamente, deve promover a especificação do conteúdo atinente à delegação, e os termos em que ela será exercida. Isso significa que a matéria versada por meio da lei delegada, e, também, o prazo durante o qual será lícito ao Presidente editar normas sobre a matéria, devem ser indicados pelo ato de delegação.

É necessário ressaltar que a menção deve ser precisa, sob pena de descumprimento do preceito constitucional. Por conseguinte, a lei delegada será inválida por excesso de poder, quando extrapolar a matéria que constitui objeto da delegação.

Para que a delegação seja considerada constitucional, deverá ser temporária. Assim sendo em nenhuma hipótese, a delegação terá validade durante todo o período compreendido por uma legislatura, pois isso importaria em abdicação, não, uma delegação.

O art. 68 da Constituição brasileira vigente enuncia duas modalidades de lei delegada presidencial. A primeira delas é a típica lei delegada editada pelo Presidente. Ela consiste no estabelecimento de regras jurídicas por meio de sua promulgação levada a efeito pelo Presidente. O ato de promulgação é aquele que, simultaneamente, cria a norma e atesta a sua perfeição. Nesse caso, a lei delegada se apresenta como uma ato simples condicionado por outro ato, que é a delegação. Entretanto, essa situação jurídica suscita dúvida acerca da sua natureza, especificamente, no sentido de se poder afirmar, ou não, ser ela um ato complexo.

Para a corrente majoritária da Doutrina brasileira, um dos traços que caracterizam o ato complexo é a identidade de conteúdo das manifestações que se fundem, ou se integram no ato complexo. Acolhendo-se esse postulado, a qualidade de ato complexo deve ser recusada à lei delegada. E a justificativa está fundamentada pela carência de identidade quanto ao conteúdo entre o que opera a delegação, estabelecendo, embora, a matéria e os padrões, definidos pela Constituição da República

de 1988 de modo impreciso como ‘conteúdo’, e o ato presidencial que edita normas jurídicas, mesmo que consubstanciem desdobramento desses padrões (*standards)*.

Contudo, há autores que não consideram a identidade de conteúdo elemento essencial do ato complexo. Para essa corrente doutrinária, os elementos essenciais constituem o fim unitário. Analogia de interesses, homogeneidade com relação à atividade e exercício correspondentes ao mesmo poder. Nesse sentido, para tal corrente doutrinária, não lhes parece que a identidade de conteúdo e da manifestação de vontades se configure elemento essencial do ato delegatório. Assim sendo, basta que essas vontades tendam a um fim unitário. Sob tal perspectiva, a lei delegada editada pelo Presidente é um ato complexo, porque a vontade do Congresso Nacional e a do Presidente, embora não apresentem conteúdo idêntico, visam ao mesmo fim. Além disso, todos os demais elementos característicos do ato complexo são facilmente identificados nessa espécie de ato normativo. Esse é o posicionamento minoritário da Doutrina brasileira, com o qual concordamos.

Afinal, a integração ou a fusão de vontades se opera em razão de um fim comum. Nesse sentido, o conteúdo se apresenta simplesmente como uma consequência dessa comunidade de fim. É o fim comum o que prevalece, mesmo que haja disparidades de conteúdo. Se não fosse assim, haveria desigualdade de peso nas vontades, inerente ao ato complexo desigual, e tal circunstância não permitiria a criação do ato complexo. O decreto legislativo que põe fim ao processo de elaboração das leis no âmbito do Congresso Nacional é sempre um ato complexo, mesmo que uma das Casas Legislativas rejeite, e assim, elimine o texto final, as emendas que foram aprovadas pela Casa Legislativa Revisora.

A segunda modalidade de lei delegada, foge dos padrões usuais de delegação do Poder Legislativo ao Executivo. Na verdade, essa segunda espécie de lei delegada consiste numa inversão do processo de elaboração das leis ordinárias.

No processo ordinário, o Congresso Nacional estabelece as regras, e o Presidente promove a sanção das mesmas. No processo estabelecido para a edição dessa segunda modalidade de lei delegada, o Congresso Nacional delega, e especifica o conteúdo e o termo no sentido de indicar o modo pelo qual se operará a delegação ora deferida, para o estabelecimento de regras jurídicas novas a serem editadas pelo Presidente. Entretanto, o Congresso Nacional se reserva o direito de apreciar o projeto de lei delegada editado pelo Presidente, como conclusão da elaboração do novo texto. Assim sendo, quem sanciona o projeto elaborado pelo Poder Executivo é o Congresso Nacional.

Esse procedimento, é, na verdade uma previsão inútil da Constituição. a inovação emblemática é a vedação às emendas ao projeto de lei. Trata-se de uma ‘vantagem’ largamente compensada pela ausência de prazo para manifestação do Congresso Nacional, e, principalmente, pela necessidade de habilitação prévia.

Sem dúvida, essa segunda modalidade de lei delegada consubstancia a natureza jurídica de ato complexo, e não há lugar para dúvida, que a primeira modalidade de lei delegada presidencial suscita. A segunda modalidade de lei delegada presidencial surge a partir da manifestação de vontade do Presidente, que estabelece uma conjugação com a manifestação volitiva do Congresso Nacional, tendo, ambas, o mesmo conteúdo, além de apresentarem os mesmos caracteres dos que a Doutrina empresta aos denominados atos complexos.

Para que não ocorra a violação ao princípio da separação de poderes, aqueles que estão investidos no exercício dos poderes constituídos, não devem substituir a sua própria atividade em detrimento da promoção e do desenvolvimento da sociedade civil, sob pena de corromperem o bom governo que deve estar orientado em prol do bem comum.

Ela diz respeito ao exercício das funções públicas nas quais estão investidos os indivíduos que exercem os poderes constituídos, a saber, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

É desejável que referidos indivíduos desempenhem as funções estatais às quais estão vinculados com a finalidade de promover suas faculdades ativas, exercer julgamentos, e, fornecer aos demais a familiaridade com os assuntos com os quais esses indivíduos são obrigados a lidar.

Isso implica o desenvolvimento da educação nacional, ou, em outros termos, um treino prático dos cidadãos à parte prática que constitui a educação política de um povo livre, tornando-os aptos a discutir, deliberar e agir orientados por motivos públicos ou semi - públicos. Assim sendo, sua conduta deve orientar-se aos objetivos que consubstanciem a união dos indivíduos, e não, a isolá-los uns dos outros.

Sob a perspectiva utilitarista, o Estado poderia tornar-se um depósito central, ativador, e difusor da experiência que se relaciona com o desenvolvimento das operações governamentais, que devem ser gerenciadas, tanto pelo Estado, quanto pela sociedade civil. A responsabilidade do Estado estaria delimitada pela atribuição que lhe cabe, no sentido de capacitar cada experimentalista a se beneficiar dos experimentos de outros, ao invés de aproveitar somente os seus experimentos.

A violação ao princípio da separação dos poderes implica, sobretudo, o enfraquecimento da soberania territorial do Estado, considerando que ela, a soberania brasileira, deve ser exercida em prol da finalidade estatal, que constitui a concretização do bem estar dos indivíduos na maior medida possível.

As atribuições das pessoas investidas no exercício dos poderes constituídos, independentes e harmônicos entre si, nos termos estabelecidos pela Constituição da República de 1988 obrigam-nas a informar, aconselhar, e, até mesmo, denunciar à sociedade civil os casos de violação desse princípio, para, assim, reafirmar, e concretizar a premissa de que os poderes constituídos devem ser subordinados, pela relação de precedência definida pelo legislador constituinte originário, ao princípio da soberania popular que não sem razão, está clausulado no art. 1º do texto constitucional de 1988.

Falta ao Estado brasileiro fomentar com eficiência e eficácia o desenvolvimento da educação nacional, e promover o desenvolvimento da cultura política do povo, para que ele, o povo, possa discutir, deliberar e agir orientado por motivos de ordem pública. Assim sendo, a conduta popular deve estar orientada em direção aos objetivos que promovam a união do povo, com vistas a não separá-lo.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 44.ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2022.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Antônio Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Lisboa: Vega, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2.ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 44. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GARCIA, Talita Cristina. **A paz como finalidade do poder civil: o *Defensor Pacis* de Marsílio de Pádua (1324)**. Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação do Departamento de História da Universidade de São Paulo. (Dissertação). São Paulo, 2008, 144f.

HOBBES, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LEROY-BEAULIEU, Paul. **L'état moderne et ses fonctions**. 3.éd. revue et aumentée. Paris: Guillaumin et Cie. Èditeurs, 1900.

LOCKE, Jhon. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Traducción y estúdio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 2018.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de Mario e Celestino da Silva. Brasilia: Edições do Senado Federal, 2019.

MILL, Jhon Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução de Maria Aparecida Sargiolato. Campinas: Vide Editorial, 2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROUSSEAU, J.J. **O contrato social: princípios do direito político**. 4.ed. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo regimental no agravo de instrumento 268857/RJ**. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Julgado em 20 de fevereiro de 2001. Acesso em 27 de janeiro de 2026. Disponível em: <http://www.jurisprudencia.stf.jus.br>.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 1236877/ RS** Rel. Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 14 de outubro de 2019. Acesso em 27 de janeiro de 2026. Disponível em: <http://www.jurisprudencia.stf.jus.br>.