

**O MITO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E A  
NECESSIDADE REAL DA LEGISLAÇÃO DELEGADA**  
*THE MYTH OF SEPARATION OF POWERS AND THE  
REAL NEED FOR DELEGATED LEGISLATION*

*José Levi Mello do Amaral Júnior \**

**Resumo:** Este artigo explora a presença de elementos ideológicos no princípio da separação de poderes e sua conexão com a construção da democracia moderna, resgatando aspectos históricos da formação das constituições e seu caráter liberal. Apresenta instrumentos do compartilhamento da função legislativa entre os poderes Executivo e Legislativo utilizados em diferentes países, buscando dessacralizar o mito da separação de poderes. A partir do exemplo prático da existência da legislação delegada via medida provisória no Brasil, antes e depois da Emenda Constitucional nº 32, demonstra a importância da cooperação entre os poderes e combate a ideia de usurpação de competências legislativas pelo Presidente de República.

**Palavras-chave:** Separação de poderes. Medida provisória. Relações executivo e legislativo.

**Abstract:** This article explores the presence of ideological elements along the principle of separation of powers and their connection with the development of modern democracy, emphasizing historical aspects of constitutions and their liberal background. By discussing mechanisms used to share the legislative function between Executive and Legislative powers in different countries, it aims to demystify the separation of powers itself. Building on the practical example of the power of decree withheld in Brazil by the president with the provisional decree, before and after the constitutional amendment nº 32, the paper demonstrates the importance of cooperation between powers and faces the idea of usurpation of legislative prerogatives by the president.

**Keywords:** Separation of powers. Provisional decrees. Executive-legislative relations.

---

\* Doutor (USP) e Mestre (UFRGS) em Direito do Estado. Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Secretário-Executivo do Ministério da Justiça e Cidadania. Procurador da Fazenda Nacional de Categoria Especial. E-mail: jose.levi@usp.br

## 1 INTRODUÇÃO

O exercício das funções de elaboração de leis, execução de políticas e manutenção da ordem jurídica por entidades distintas faz parte de uma construção histórica de combate ao poder absoluto característico dos regimes monárquicos e ascensão ao poder de novos atores. Tal mudança depende da criação de um ideal democrático, para o qual a ideologia colabora de maneira essencial, fornecendo os elementos de valoração de um novo modelo de vida em sociedade.

A separação entre os poderes legislativo, executivo e judiciário é um pressuposto clássico dos regimes constitucionais modernos. Pressuposto, pois sua realização prática encontra nuances e interconexões que, em grande medida pensadas pelo legislador constituinte como elemento necessário para acelerar o processo legislativo em situações especiais ou para contrapor o risco de paralisia decisória do parlamento, acabam por convergir para o reforço da capacidade legislativa do poder executivo.

Essa capacidade é explorada para fins deste artigo referenciando o uso do poder de decreto, existente no Brasil com o instrumento da medida provisória, e sua integração com o processo legislativo, atuando como catalizador da relação entre os poderes.

## 2 CONTEXTO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA COMPARTILHADA ENTRE OS PODERES

Os sistemas políticos modernos devem ser percebidos no contexto institucional acompanhados dos valores que lhes dão sentido, das ideologias que determinam o seu *telos*, ou que impulsionam a dinâmica político-estatal<sup>1</sup>. As mudanças ocorridas na sociedade devem ser entendidas analisando a maneira como as ideias, as ideologias, os mitos, dogmas e preconceitos evoluem ao longo do tempo<sup>2</sup>. As ideologias, ou qualquer ideologia, são um fenômeno social e histórico. Elas mudam ao longo do tempo e exercem influência na sociedade.

Embora a evidência dos traços ideológicos nos regimes democráticos ocidentais possa parecer difícil de encontrar à primeira vista, um olhar mais atento permite distingui-los sem muitos obstáculos.

Para isso, precisamos lembrar que o conceito de ideologia tem significado político<sup>3</sup>: cada ideologia contém uma interpretação do presente e uma visão sobre o futuro desejado, que sempre é melhor do que o presente; toda ideologia é orientada para a ação, com a prescrição das atividades que devem ser exercidas para atingir os objetivos desejados; é direcionada para as massas e expressa de maneira simples e esquemática, de forma a motivar seus adeptos. Uma ideologia almeja orientar e determinar as relações sociais, sendo a política o *locus* privilegiado no qual pactuamos e configuramos as regras fundantes dessas relações.

Sob o ponto de vista dos regimes políticos, há uma clara opção ideológica das nações ocidentais. A noção mesma de Constituição, que fundamenta o Estado Democrático de Direito, é imbuída de componentes ideológicos, tanto no seu nascedouro como na defesa prática dos valores constitucionais e no controle de constitucionalidade. Especificamente, foi a crença difundida dos malefícios do poder absoluto que tornou a separação de poderes teorizada por Montesquieu uma opção deliberada quando diferentes países começam a reorganizar seus sistemas de governo. Agesta<sup>4</sup> pontua que a equação que torna equivalente separação de poderes e liberdade é uma das mais claras manifestações da imitação de sistemas e da universalização do constitucionalismo, fundada na expansão de princípios ideológicos, quando, na verdade, a leitura de Montesquieu deveriaser feita tendo em mente que o espírito das leis não pode ser desconectado de seu povo, isto é, há uma dimensão cultural local inerente à organização política.

Ideologias podem ser entendidas, portanto, como um chamamento político para as massas agirem de determinada maneira para atingir certos objetivos para, em última instância, melhorar a vida política<sup>5</sup>. Nesse sentido, podemos traçar um paralelo com a noção de constituição, que é também é uma declaração ou chamamento público para uma nação agir de determinada maneira política: ela estabelece as bases do futuro político desejado. Uma constituição, assim como ideologia, é um fenômeno social, mas um fenômeno social, jurídico e político.

Cabe nos perguntarmos: por que vivemos sob regimes constitucionais? Uma constituição não se impõe, no limite, fisicamente; e raramente abarca sanções<sup>6</sup>. As regras constitucionais são prescrições que serão obedecidas porque obrigatórias. Ao mesmo tempo, se não comporta sanção, só é eficaz porque se partilha da crença sobre ela; aceita-se a ficção da

vontade do povo soberano. Nesse sentido, é ideológica<sup>7</sup>: a constituição não se sustenta na verdade sob o fundamento da legalidade, mas sim da legitimidade. Uma constituição também é ideológica porque surge de um fato sociológico: ela une em um mesmo conceito Direito e aparelho de Estado<sup>8</sup>. Posto de outra forma, a obrigação constitucional é uma obrigação política.

Constitutional culture includes the implicit and explicit, stated and unstated, conscious and subconscious, thoughts, feelings, beliefs, impressions and norms a group holds about the nature, scope and function of constitutional constraints. Different groups in society (e.g. educated versus uneducated, élites versus masses, legal practitioners versus politicians, politicians versus the street, dirigiste versus laissez-faire, etc.) can have different constitutional cultures. In a linguistic simplification, I will refer to the predominant constitutional culture – the constitutional culture of the most powerful meso-group or the constitutional culture most widely shared – as the national constitutional culture, where appropriate. [...] Constitutional culture contains only the elements pertaining to meta-rules, the general organization of law and society, and willingness to be constrained. To be sure, the two (civic/political culture and constitutional culture) are related and intertwined<sup>9</sup>.

Após decidirmos nos constitucionalizar, determinamos os termos dessa constitucionalização. É comumente, associa-se a ideia de governo democrático a um governo no qual há separação de poderes. E as regras dessa separação, relação, e equilíbrio entre poderes são postas constitucionalmente, gravadas em pedra. Ter órgãos distintos para cuidar da fabricação das leis, da execução das leis, e do controle de constitucionalidade dessas mesmas leis hoje é mais do que um valor, mas fato alçado à qualidade de mito.

Essa mística em torno da separação de poderes como elemento necessário para a garantia da liberdade e da democracia faz parte do fenômeno de expansão ideológica e mimetismo jurídico para o qual devemos estar atentos, sob pena de termos constituições que anunciam aquilo que se quer estabelecer, mas ainda distante de ser praticado<sup>10</sup>. E uma constituição deve ser um parâmetro real de sentido para a miríade de relações que ocorrem na sociedade, trazendo, ao mesmo tempo, estabilidade para que os cidadãos sigam com sua vida e maleabilidade suficiente para que se adapte a contextos históricos dinâmicos e mutáveis.

Dessa forma, o empreendimento constitucional coordena elementos inerentemente institucionais e ideológicos: da dinâmica de forças entre esses dois eixos surge a experiência constitucional, particular para uma época e uma comunidade, constantemente afetada por vetores ideológicos complexos<sup>11</sup>.

A visão estática sobre a separação de poderes nos impede de ver, claramente, que a separação funcional há muito foi relativizada na nossa própria Constituição e nos estimula a repelir como desvio qualquer evidência de sobreposição ou, heresia maior, usurpação de funções entre os três poderes da República.

A separação dos poderes executivos, legislativo e judiciário, tem por objetivo uma separação funcional, isto é, divisão de poderes para evitar a concentração em um único detentor, o que era a característica do absolutismo monárquico<sup>12</sup>. Seria a inter-relação e a interdependência que trariam o equilíbrio e evitariam a tirania. Assim, percebe-se que mais do que um ideal de democracia, ou uma ideologia de governo do povo para o povo, o estabelecimento da separação de poderes, ou funções, tão característico hoje dos sistemas democráticos, tinha uma função prática muito concreta.

Há várias formas de se entender a separação de poderes. Troper<sup>13</sup> elenca os seguintes conceitos:

1. Regra negativa que impede que todas as funções jurídicas do Estado, ou duas delas, sejam confiadas a uma mesma autoridade, ou que recomenda repartir as funções jurídicas entre várias autoridades.
2. Princípio pelo qual as autoridades devem ser especializadas e independentes de maneira a controlarem umas às outras e preservar a liberdade.
3. Sistema no qual autoridades são especializadas, mas não independentes, sendo indiferente falar de separação de poderes e separação de funções.
4. Sistema no qual os órgãos são independentes sem serem necessariamente especializados, sendo indiferente falar de separação de poderes e separação de órgãos.
5. Sistema no qual as autoridades se equilibram: separação ou balança de poderes para preservar a liberdade.
6. Separação vertical de poderes para designar a repartição de competências em um sistema federal.

O primeiro sentido é equivalente à Constituição. O segundo, o terceiro e o quarto não permitem o equilíbrio e são incompatíveis com o quinto. E o quinto não se realiza se cada uma das funções, ou ao menos a função legislativa, não for partilhada entre várias autoridades. Ou seja, a partilha da função legislativa é essencial para garantir a separação de poderes, instrumento pelo qual se realizaria a liberdade na sociedade.

Mais uma vez percebemos a influência ideológica na concepção das instituições. Para Troper<sup>14</sup>, a separação de poderes seria capaz de garantir a liberdade política, civil e a própria

democracia, desde que algumas condições estejam presentes e deixemos de lado a polissemia de ambos os termos. Para a liberdade política ou segurança jurídica, a repartição de competências precisa ser mantida, sem hierarquia entre os órgãos especializados incumbidos dessas funções, sob o risco de um deles acabar reunindo a totalidade dos poderes. A liberdade civil ou o respeito à autonomia individual não existirá se a separação de poderes implicar em domínio exclusivo da lei e esta lei atentar contra a liberdade. Por último, realiza a democracia ou a liberdade de participação no sentido de que somente o poder legislativo é democrático.

Dizer que somente o poder legislativo é democrático pode nos soar estranho, pois associamos a existência do voto à democracia. Logo, o poder executivo eleito também seria democrático. Porém, se observarmos que a natureza da democracia é a participação na elaboração das leis, vemos o sentido de tal afirmação.

Ao longo dos anos, o estabelecimento de sistemas presidencialistas terminou por enfraquecer o poder legislativo entendido como assembléia eleita – deputados e senadores – ao fortalecer as funções legislativas do próprio governo. O enfraquecimento do legislativo ocorre pela perda de seu poder de estabelecer o orçamento governamental, tarefa cada dia mais técnica e autolimitada pela trajetória de gastos do governo; perda do poder de propor leis e aprová-las sem a concordância do governo – o parlamento não dispõe mais do que do direito de discutir, emendar ou recusar projetos do governo (a larga maioria das leis são propostas pelo governo, inclusive nos Estados Unidos, que elabora projetos de leis por meio de parlamentares parceiros<sup>15</sup>); e pelas delegações legislativas que favorecem o executivo. Tal enfraquecimento reflete-se em seu poder de controle, seja pelo papel desempenhado pelas maiorias partidárias – que atuam em consonância com os objetivos do executivo –, seja pela necessidade de compor maioria qualificada para reverter um governo. O termo poder executivo, hoje, já não reflete o seu papel, que não é meramente executivo ou administrativo, mais sim de definir a política de um país em todas as dimensões, ou seja, é um poder de deliberação política<sup>16</sup>.

Convém esclarecer que a separação funcional entre executivo e legislativo nunca foi absoluta. Para que um poder possa contrabalançar o outro é preciso desenhar, constitucionalmente, pontos de contato ou colaboração. É para isso que temos mecanismos como iniciativa privativa de leis, sanção e veto, que são mecanismos de interação direta entre

executivo e legislativo e que permitem ao primeiro colaborar ou intervir no processo de produção legislativa.

O estudo da forma como se dá a cooperação entre os poderes legislativo e executivo em torno da elaboração e aprovação de leis é fundamental para compreendermos a operacionalização dos dispositivos constitucionais. De acordo com Loewenstein<sup>17</sup>, uma constituição autêntica deve possuir os seguintes elementos mínimos: 1) diferenciação de tarefas estatais e sua assinalação a diferentes órgãos ou detentores de poder; 2) mecanismos planejados para estabelecer a cooperação entre diferentes detentores de poder; 3) mecanismo planejado para evitar o bloqueio entre os detentores de poder e a tomada de decisão unilateral por um deles, o que seria característica da autocracia; 4) método estabelecido para reformar a constituição, adaptá-la às mudanças sociais e políticas e evitar rupturas revolucionárias; 5) reconhecimento expresso dos direitos e liberdades fundamentais, fruto do *telos* (ou ideologia) liberal.

Os elementos 1, 2 e 3 citados acima tratam principalmente da relação entre os poderes executivo e legislativo e de como um pode servir de controle, ou limitação, ao outro. O controle exercido mutuamente, respeitada a independência funcional entre eles, é permanente, contínuo e constitui o cerne da dinâmica política: o legislativo participa da decisão política e o executivo necessita da sua colaboração para levar a cabo o seu programa de governo.

Ao eleger um presidente, ou uma composição parlamentar de determinado viés, estaríamos optando também pela execução de um plano de governo e as políticas que ele abarca. Por esse motivo, há necessidade concreta de dar ao governo, ao poder executivo, os meios de executar o seu programa, o que envolve não somente executar, mas também fazer as leis que permitem essa execução. Afinal, foi justamente para executar o seu programa que ele teria sido eleito e, para tanto, precisa se relacionar com o legislativo. Isso ocorre tanto em sistemas presidencialistas quanto nos parlamentaristas. Ainda que, atualmente, o executivo domine o processo legislativo, em maior ou menor grau, em muitos países<sup>18</sup>, não pode fazê-lo isoladamente ou sem a participação dos partidos políticos.

### 3 O PODER DE DECRETO

A separação funcional de poderes não implica nem deve ser entendida como isolamento de um em relação ao outro. Ao contrário, o bom funcionamento do Estado depende da articulação entre eles, o que Loewenstein conceitua como interdependência por cooperação ou interdependência por integração<sup>19</sup>.

Em uma situação de integração, há equilíbrio entre parlamento e governo, que atuam de maneira integrada e compartilham a função de determinar a decisão política e executá-la. É o que comumente ocorre nos sistemas parlamentaristas. Em uma situação de cooperação, por sua vez, as linhas que dividem a ação do governo e a ação do parlamento são mais delineadas e as interações são ordenadas por ocasiões definidas, tais como sanção ou veto de leis, ratificação de tratados, confirmação de indicações do presidente para cargos e aprovação do orçamento. A rigor, para o autor, tal construção constitucional não é feita para funcionar. Na prática, vemos sistemas presidencialistas serem bastante comuns nas democracias contemporâneas, o que nos leva a pensar em outros mecanismos que favoreçam a cooperação entre governo e parlamento.

Para além da participação geral no processo legislativo via proposição ou apoio a uma lei, sanção ou veto, o executivo pode possuir prerrogativas constitucionais para o exercício direto da tomada de decisão legislativa. Há variadas soluções constitucionais para atribuição da função legislativa ao poder executivo, vulgo poder de decreto.

A mais comum e menos controversa é a emissão de regulamentos, conforme determinado nas leis e que abrange, em geral, pontos específicos da norma. Constituem o desdobramento e a operacionalização de disposições legais e, portanto, estão na esfera de competência natural do poder executivo. São um complemento aos dispositivos legais, especificando-os. O regulamento, que pode ser decreto presidencial no Brasil ou atos infralegais de órgãos específicos, não pode inovar ou acrescentar obrigações outras que não aquelas determinadas na lei que o autoriza. Na prática, pontos ambíguos ou abertos a detalhamento técnico-operacional acrescentam uma outra camada aos dispositivos legais, cujo controle de legalidade costuma ocorrer apenas intragoverno, isso sem prejuízo de escrutínio judicial caso haja possível ou efetiva afetação a direitos sem respaldo legal. Para sua aplicação de fato, uma lei não pode ser lida sem o decreto que a regulamenta. Assim, o decreto regulamentador pode ser



entendido como uma maneira de legislar, ainda que de forma bastante circunscrita, naquilo que escapa ao parlamento e que é necessário para a perfeita execução da norma.

Por outro lado, instrumento de exercício direto de poder legiferante pelo executivo é a delegação, determinada na Constituição ou por norma autorizadora específica emitida pelos congressistas, para legislar por decreto. Nesse caso, trata-se de inovação legislativa, de criação de nova norma integrante do ordenamento jurídico, ainda que em caráter precário. Esse tipo de prerrogativa existe em vários países, como Estados Unidos, França, Itália e Brasil.

Embora a chamada *Executive Order* norte-americana possa ser similar em alguns aspectos a um decreto regulamentador, ela tem força de lei e pode ser revogada pelo Congresso<sup>20</sup>. No sistema francês, a delegação legislativa ocorre pontualmente: o presidente deve solicitar autorização especial para legislar, isto é, precisa haver uma lei autorizadora do parlamento, que determina o escopo e o prazo da autorização para a emissão de *ordonnances*<sup>21</sup>. Nesse caso, matérias do campo exclusivo do legislativo são delegadas ao governo mediante justificativa política: por incapacidade de criar acordo interno ou para deixar um tema exclusivamente sob responsabilidade do presidente, eximindo-se o parlamento da participação no processo<sup>22</sup>.

As *ordonnances* permanecem com caráter regulamentar até sua ratificação em lei pelo parlamento, embora plenamente vigentes e aplicáveis desde sua publicação. Uma vez expirado o prazo de habilitação, apenas uma lei pode alterar os dispositivos afeitos à esfera de competência do poder legislativo, ao passo que as matérias de caráter regulamentar e que integrem a *ordonnance* podem continuar sendo alteradas por decreto. Trata-se de uma ambiguidade admitida pela jurisprudência constitucional francesa<sup>23</sup>.

No Brasil, temos o instituto da Medida Provisória (MP). De competência privativa do Presidente da República, a medida provisória tem força, eficácia e valor de lei<sup>24</sup>. Na metade final dos anos 90, a intensificação da edição de MPs gerou discussões no Congresso Nacional que culminaram com alteração no mandato constitucional concedido ao presidente visando conter os casos de edição e reedição de MPs e reorganizar seu processo de análise nas casas legislativas – a Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001 (EC 32). À época, o equilíbrio em torno do entendimento original de que o executivo deveria ter espaço para legislar de forma delegada foi rompido.

É importante destacar que, em seu formato original, a MP perdia sua eficácia após 30 dias, sendo necessária uma reedição para manutenção de sua vigência caso não tivesse sido possível a apreciação do Congresso Nacional e sua conversão em lei no período. O prazo de análise muito curto, tornava praxe a reedição contínua de medidas provisórias. Em 2001, reformou-se o conteúdo do Artigo 62 da Constituição, modificando o período de validade das MPs e detalhando sua forma de apreciação pelo legislativo.

Comumente, acredita-se que a presença das medidas provisórias no nosso ordenamento jurídico é um reflexo do Decreto-Lei do regime militar. Contudo, de acordo com Cruz<sup>25</sup>, a medida provisória teria surgido no texto constitucional brasileiro como requisito para investidura do gabinete no sistema parlamentarista, sendo provisional para permitir a agilidade na apresentação do plano de governo, condição para a investidura do Primeiro-Ministro, não sendo, portanto, sucedânea do Decreto-Lei, tampouco instrumento especialmente desenhado para permitir agilidade decisória ao presidente.

No mesmo sentido opera a crítica de Barros<sup>26</sup> que, em análise do texto original do Art. 62, afirma que a medida provisória não guardaria as mesmas qualidades do Decreto-Lei. Este era dotado de maior segurança jurídica, enquanto a MP carrega a dúvida sobre se e quando será convertida em lei e quais direitos subjetivos dela decorrerão. A instabilidade da vigência da MP e o procedimento irrealista de sua análise pelo Congresso também a tornam menos vantajosa que o Decreto-Lei. Seria necessário adaptá-las verdadeiramente ao sistema presidencialista, de forma a relativizar a concentração de poder legiferante no executivo e, dessa forma, reduzir os conflitos entre governo e parlamento.

O desenho constitucional original da MP desgastou-se após cerca de uma década de sua aplicação, tensionado a relação entre executivo e legislativo. O relator da Emenda Constitucional nº32 destaca que quando se alterou o sistema já haviam reeditadas cerca de 5.540 vezes as diversas medidas provisórias então vigentes. Seu funcionamento prático possuía as seguintes fragilidades: 1) excessiva concentração de poder nas mãos do Presidente da República; 2) sentimento de sujeição do parlamento e perda de autonomia; 3) número exacerbado de MPs; 4) insegurança jurídica, pois a reedição, por vezes, continha alterações no texto original; e 5) omissão do Congresso Nacional em tratar os temas objeto de MP<sup>27</sup>.

O arranjo institucional tinha por consequência o desestímulo ao trâmite de análise da medida provisória. O diagnóstico realizado pelo Congresso Nacional em 2001 apontava falta de quórum nas sessões conjuntas de votação das MPs, desconhecimento do plenário sobre os temas ali abordados e a exiguidade do tempo de tramitação como as principais dificuldades práticas do sistema. Na larga maioria dos casos, a Comissão Mista que deveria coordenar o processo legislativo não se reunia e o relator era nomeado em plenário: a tramitação estava incompleta. Tal cenário facilitava a omissão dos parlamentares na votação, pois seria mais conveniente permitir a reedição do que aprovar matérias sem amadurecer o debate. A EM 32 viria combater as deficiências do sistema vigente, buscando forçar a análise dos textos pelo Congresso Nacional<sup>28</sup>.

Embora a maioria das críticas em torno da utilização das MPs pelo executivo versassem sobre a questão valorativa da necessidade de se preservar a separação entre os poderes, vê-se que eram os aspectos procedimentais de apreciação pelo Congresso Nacional que incomodavam, de fato, o parlamento. Não se questionava a existência da delegação do poder de legislar via medida provisória, mas tão-somente a necessidade de que refletissem um trabalho de articulação e pactuação entre executivo e legislativo, isto é, que fossem realmente um instrumento de interdependência por cooperação.

O fim da reedição infinita de medidas provisórias e sua substituição pelo prazo máximo de seis meses de vigência obrigaria o executivo a adotar a prudência em sua emissão, sob o risco de perder as inovações dela decorrentes<sup>29</sup>. Com a EC 32, havia expectativa de que se reduzisse o seu uso pelo Presidente da República, pois se eleva o risco decorrente de eventual rejeição do texto. Esse último cenário desconsidera a relação entre aprovação das MPs e a base de apoio do governo no parlamento.

Outra inovação da EM32 foi a incorporação de regras restritivas à emissão de MPs, como matérias vedadas. Tal definição decorreria das experiências concretas em torno de alguns temas, que geraram debates no parlamento e, em alguns casos, nos tribunais<sup>30</sup>. O primeiro exemplo é a proibição constante no § 1º, inciso II do Art. 62 da Constituição de sequestro de ativos financeiros via medida provisória, caso facilmente relacionado com o Plano Collor e o confisco da poupança e a tensão social e política disso decorrentes. A inserção de vedação para tratar de matéria de direito penal e processual penal, por sua vez, estaria relacionada com o

juízo da ADI nº 162-1, movida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra a Medida Provisória nº 111, a partir do qual o Supremo Tribunal Federal alterou sua jurisprudência sobre o controle dos requisitos de urgência e relevância para edição de medidas provisórias. O terceiro e último exemplo é a proibição de reedição de MP rejeitada pelo Congresso Nacional na mesma sessão legislativa: nesse caso, recorda-se a ADI 293-7, na qual o próprio STF já instituía tal restrição.

O poder de decreto entendido como decreto-lei é o que constitui a atribuição da função legislativa a um ente que não deveria, a priori, ser o seu detentor. Ainda que uma medida provisória seja materialmente lei, na prática, funciona como um projeto de lei com eficácia antecipada<sup>31</sup>. No Brasil, a edição de uma MP, imediatamente vigente com força de lei, dá início à discussão legislativa, que por conta de suas características, acelera a implantação de medidas importantes para o governo. O mesmo ocorre na França com a emissão das *ordonnances* que, mesmo adquirindo força de lei apenas após a ratificação pelo parlamento, produziram efeitos legais concretos desde o início.

O uso das medidas provisórias como instrumento legislativo preferencial para implementação de políticas públicas em contraposição ao trâmite regular de projetos de lei possui implicações concretas para o processo legislativo e para a relação entre os poderes<sup>32</sup>. Quando são editadas em excesso, bloqueiam as discussões no Congresso, o que pode refletir negativamente para governo e parlamento.

Participar do processo legislativo é fundamental para o executivo e a edição de medidas provisórias garante que a discussão tenha como ponto de partida o texto elaborado nos escalões superiores da burocracia governamental. O mesmo acontece quando se opta pelo envio de um projeto de lei pelo governo. Nesse ponto, não haveria diferença entre um e outro.

Pinheiro, Vieira e Motta<sup>33</sup> consideram o instituto da medida provisória, com sua eficácia imediata e rito sumário como rompimento dos princípios do processo legislativo democrático, entre eles o amplo debate que deve anteceder a edição de normas, não apenas no Congresso, mas também entre este e as representações da sociedade. Mais do que usurpar uma competência originalmente atribuída ao Legislativo, o Executivo concentraria em suas mãos e em

um pequeno grupo a responsabilidade pela elaboração de normas que, por vezes, não seriam nem urgentes e nem relevantes.

Opinião distinta é a de Clève<sup>34</sup>, que afirma ser possível entender a medida provisória como um instrumento de compartilhamento de responsabilidades entre o executivo e o legislativo na construção da ordem jurídica em um regime democrático. O desafio seria fixar limites para a competência do primeiro, o que pode ser feito a partir da leitura da Constituição Brasileira, fazendo surgir uma jurisprudência e uma dogmática que sinalize, de forma rigorosa, os contornos a serem respeitados no exercício da atividade legislativa pelo executivo.

O poder de decreto funcionaria, portanto, como um mecanismo capaz de contornar a fragilidade institucional do presidencialismo, favorecendo a cooperação necessária entre governo e parlamento. Os pontos de interação definidos – sanção e veto, sabatina de postulantes a alguns cargos, aprovação do orçamento – seriam, na verdade, apenas momentos isolados de manifestação de vontade de um poder ou outro, pouco colaborando para a construção de uma decisão conjunta.

Existem outras formas de inter-relação entre os poderes que afetam o processo legislativo. Regras e recursos procedimentais podem atuar para favorecer o executivo. A iniciativa privativa do presidente sobre a iniciativa de projetos de lei em determinadas matérias e a existência de controle do executivo sobre a agenda de discussões do parlamento são fatores que reforçam a interdependência entre os poderes e que permitem uma participação maior do governo na coordenação da pauta legislativa. Para fins deste artigo, interessa discutir como a medida provisória pode ser um instrumento de composição de acordos, e não usurpação de competências: é o que será visto na próxima seção.

#### **4 A SEPARAÇÃO DE PODERES NO ARRANJO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO SOB O PONTO DE VISTA DO PODER DE INICIATIVA E EFETIVIDADE DA CONSECUÇÃO LEGISLATIVA**

A medida provisória desempenha o papel de catalizador do processo legislativo. É possível imaginá-la não como construção isolada do executivo, mas sim como parte integrante de

um sistema de colaboração entre poderes do qual os parlamentares se beneficiam para ver avançar sua própria agenda ou evitar confrontos com seus *constituencies*<sup>35</sup>.

Se por um lado a MP carrega a dúvida sobre quando será convertida em lei, por outro, o prazo máximo de seis meses de vigência (nos termos da EC 32) obrigaria o executivo a adotar a prudência em sua emissão, sob o risco de perder as inovações dela decorrentes. Assim, o fato da MP ter vigência imediata e por, no máximo, 120 dias (60 dias, uma única prorrogação, eventual recesso parlamentar e eventual período para sanção ou veto), traria um incentivo para que seu texto fosse mais alinhado às preferências do Congresso Nacional, sob pena de gerar um quadro jurídico ainda mais instável que a situação anterior e desgaste para o governo.

A delegação de poderes legislativos para o executivo por meio de medidas provisórias traz vantagens para ambas as partes – executivo e parlamento – na medida em que facilita o alcance dos objetivos legislativos do primeiro, mitiga eventuais perdas por essa delegação para o segundo e gera cooperação entre ambos. Há temas sensíveis para o parlamento e nos quais ele prefere não figurar como protagonista.

Medidas de estabilização econômica costumam resultar em ganhos generalizados no futuro, mas custos certos no presente para alguns grupos. Por essa razão, parlamentares teriam interesse em delegar a função legislativa ao executivo nesses casos: evitam constarem como responsáveis diretos em medidas impopulares e, ao mesmo tempo, não podem ser identificados individualmente na eventualidade de fracasso do plano. Além disso, a dilação na tramitação de medidas provisórias decorrente da ausência de início da apreciação pelos parlamentares indicaria a fraca resistência política às iniciativas presidenciais<sup>36</sup>. Por óbvio, seria do interesse do legislador abreviar a existência de medidas que possuam forte oposição.

Amorim e Tafner<sup>37</sup>, em análise anterior à EC 32, afirmam que a demora do Congresso em analisar medidas provisórias poderia ser um mecanismo de exercício de controle da delegação do tipo alarme de incêndio: deputados e senadores aguardam a reação dos grupos sociais organizados e, partir daí, definem sua estratégia. Se não há reação, não há motivo para acelerar a análise. Havendo reação, o trâmite regulamentar não seria a única opção para promover ajustes: as modificações inseridas nos textos de reedições de MPs devem ser consideradas no estudo da relação executivo e legislativo, pois podem ser consideradas uma acomodação do

primeiro às preferências de sua coalização de apoio no Congresso. Sua ocorrência permitiria ao parlamento reduzir as perdas pela delegação de poderes legislativos: a ausência de coordenação com a maioria parlamentar poderia gerar oposição à medida e conflitos entre os poderes. Os autores admitem, portanto, a possibilidade de conformação de negociações sobre o conteúdo da medida *a posteriori* sua edição, mas nada mencionam sobre o mesmo ocorrer *a priori*.

A questão da delegação voluntária de poderes legislativos ao executivo é reforçada na análise de Couto<sup>38</sup>, que enxerga as reedições de MPs como consentimento tácito do parlamento ao seu conteúdo e, portanto, uma escolha, e não um processo de usurpação de competências. Nesse sentido, a delegação atenderia a interesses do executivo e do legislativo. Por um lado, permitiria maior eficácia à agenda governamental implementada por meio de medidas provisórias e suas reedições. Recorrendo ao exemplo do governo Fernando Henrique Cardoso, o autor afirma que, por outro lado, a MP facilitaria o andamento da agenda constitucional no Congresso, que envolvia diversas reformas. A negociação entre os poderes poderia concentrar-se nas emendas constitucionais, pois não era necessário trabalhar a pauta legislativa constante nas MPs. Contudo, a prática de reedição sucessiva de MPs isentava o Congresso Nacional de debates sobre questões importantes para o país e tencionava a relação entre os poderes, como foi explicitado na seção anterior.

Seguindo linha diferente de análise sobre a edição de medidas provisórias, Pereira, Power e Rennó<sup>39</sup> apontam que quanto mais recorrem a instrumentos extraordinários – MPs –, mais populares os presidentes se tornam. Isso é especialmente evidente em momentos de implantação de planos econômicos: no curto prazo, todos os presidentes que recorreram a MPs para implementar seus pacotes usufruíram de picos de popularidade: “O uso de meios extraordinários de legislação pode aumentar a popularidade porque esses meios estão geralmente associados a impactos imediatos e palpáveis sobre a vida cotidiana do cidadão médio. Eles também podem reforçar a imagem do presidente como líder ativo e decidido”<sup>40</sup>. E são justamente os temas econômicos aqueles nos quais os parlamentares preferem não serem protagonistas.

O aumento na popularidade acaba por desestimular o presidente a continuar utilizando-se do instrumento para avançar sua agenda legislativa e provoca uma mudança de

estratégia. Ele passa a se valer dos meios ordinários – projeto de lei – para implementar políticas públicas. O Congresso, por sua vez, reage à popularidade presidencial: um presidente em alta encontra mais colaboração; um presidente em baixa provavelmente encontrará o parlamento mais proativo e reativo<sup>41</sup>. Assim, a edição de medidas provisórias, especialmente no início de mandato, colabora para reforçar a base de apoio do presidente no Congresso. Com o sucesso no trâmite, o governo sente o ambiente favorável para a aprovação de projetos de lei, o que movimenta ainda mais o parlamento, que, nesse caso, pode exercer sua dinâmica própria. Com a colaboração entre ambos, a relação executivo e legislativo se fortalece.

A existência da medida provisória e sua utilização, em maior ou menor grau, vista da perspectiva da efetividade de consecução legislativa, é um caminho mais rápido para a produção legal. Durante o trâmite no Congresso, parlamentares desempenham papéis relevantes, havendo inclusive a apropriação de conteúdo de projetos de lei por medidas provisórias<sup>42</sup>. A apropriação pode ocorrer mediante abordagem de matérias semelhantes ou apresentação de texto idêntico de dispositivos ou projetos inteiros. Não seria correto afirmar, portanto, que as políticas públicas de interesse do executivo seriam formuladas exclusivamente no âmbito da burocracia:

Excetuando-se as proposições caracterizadas como de iniciativa exclusiva do Presidente da República, constata-se que, no período de 1995 a 2010, 18,5% das medidas provisórias e 40% dos projetos de lei do Executivo surgiram por meio da apropriação da agenda do Legislativo<sup>43</sup>.

Nas ocorrências em medidas provisórias, há cinco casos ilustrativos. O primeiro é a MP do Programa Minha Casa Minha Vida (MP 459/2009), cujo capítulo sobre regularização fundiária baseou-se em texto constante do substitutivo do relator ao projeto da Lei de Responsabilidade Territorial Urbana, que já estava aguardando votação em plenário. O segundo caso é a apropriação de projeto de lei de autoria do então deputado Eduardo Jorge (PV-SP) pela MP 154/2003, que trata de normas nacionais para acesso a medicamentos a baixo custo – projeto Farmácia Popular. No terceiro caso, regras sobre controle social no âmbito do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais de Educação (Fundeb) foram extraídas do substitutivo da deputada Fátima Bezerra (PT-RN) a um projeto relacionado ao assunto e incorporadas à MP 339/2006. O quarto exemplo é a MP 373/2007, cópia literal do projeto de autoria do senador Tião Viana (PT-AC) sobre concessão de



pensão especial às pessoas atingidas pela hanseníase e submetidas a isolamento e internação compulsórios. O senador foi, inclusive, designado relator da MP. O quinto e último exemplo também é uma cópia idêntica: a MP 422/2008, que alterou a Lei de Licitações no ponto sobre o limite da área rural que pode ser transferida sem licitação na Amazônia – o texto original é do deputado Asdrúbal Bentes (PMDB-PA)<sup>44</sup>.

O fenômeno da apropriação de textos dos parlamentares em medidas provisórias seria, segundo Silva e Araújo<sup>45</sup>, uma atitude deliberada para diminuir os riscos de alteração do conteúdo, estratégia que seria combinada ao exercício da influência do governo na indicação da relatoria.

Mesmo com os prazos exíguos para análise e votação de medidas provisórias, gastos em grande parte na Câmara dos Deputados, os parlamentares conseguem negociar o texto, participando, em várias ocasiões concretas, da redação final da lei convertida. A MP do Programa Universidade para Todos, por exemplo, contava com 16 artigos quando foi editada (MP 213/2004). A respectiva conversão, Lei nº 11.096/2005, contava com 23 artigos, tendo um deles sido vetado pelo presidente<sup>46</sup>. Ou seja, na prática, alterações no texto são razoavelmente comuns, o que enfatizaria a importância da cooperação entre os poderes para garantir o sucesso da aprovação. A ausência de acordo e a necessidade de exercer o veto, embora necessário em algumas ocasiões, pode ser um catalizador de desgaste para o governo, a depender do objeto e do momento político. Além disso, um artigo modificado de forma radicalmente oposta à intenção do executivo, motivando veto, implica para este uma derrota em um ponto específico. A negociação faz parte do processo. Essa dinâmica política não é exclusividade do Brasil: todos esses fenômenos também ocorrem na experiência italiana.

Para além do circuito executivo-legislativo-executivo, há ainda o terceiro elemento na balança dos poderes: o judiciário. Ele pode ser instado a se manifestar tão logo uma medida provisória tenha sido editada ou após uma conversão em lei. A presença de contestação no Supremo Tribunal Federal (STF) sobre MP recém-editada e a forma como este a julga, direta e abstratamente, podem ser parâmetros da relação entre o Executivo e a Corte Constitucional<sup>47</sup>. Embora a contestação possa ser bem-sucedida em alguns casos em caráter liminar, há raras

ocorrências de julgamento de mérito de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) desfavoráveis ao Executivo.

A manifestação liminar é importante porque coloca o STF como partícipe do processo, o que pode vir a influenciar o trâmite da MP no Congresso Nacional. Quando se trata da análise de mérito, entretanto, entre 339 ações estudadas por Das Ros<sup>48</sup>, foram identificadas apenas onze situações nas quais ocorreu a manifestação final da Corte. Nas demais, o decurso do tempo teria sido o maior impeditivo para que a análise fosse concluída:

[...] agindo desta maneira, o tribunal preserva inalterado o *status quo* decorrente da edição do aludido decreto, mas não se pronuncia diretamente em contrariedade ao que foi pleiteado pelo proponente da ação. Desta forma, a corte ainda evita ser identificada seja como governista seja como oposicionista e preserva o discurso e a feição de imparcialidade em seus julgamentos, administrando mais do que decidindo o conflito que a ela chega<sup>49</sup>.

O recurso ao tribunal constitucional por parte de partidos políticos, confederações sindicais e entidades de classe é uma manifestação do *policyseeking approach*, uma maneira de contestação quando a legislação contraria os interesses ou preferências desses atores<sup>50</sup>. A Corte torna-se uma instância de debate de MPs, fato pouco presente na literatura talvez em decorrência da vigência efêmera desses instrumentos antes de sua conversão em lei, possivelmente tempo insuficiente para o julgamento de mérito de ADIs.

O seguimento de ação direta de inconstitucionalidade após a conversão em lei da medida provisória objeto de questionamento dependerá, de acordo com Mamari Filho<sup>51</sup>, da modalidade da inconstitucionalidade em análise: se de caráter formal ou material. Sendo material, há duas possibilidades: 1) sem aditamento da petição inicial caso o texto da lei de conversão seja idêntico ao da MP; 2) ajuizamento de nova medida caso o texto contenha alterações, restando prejudicada a ação inicial. Se a contestação for de aspecto formal, a conversão em lei suprime o vício e, conseqüentemente, esvazia o objeto da ADI. Não obstante, a jurisprudência varia, por vezes reconhecendo a convalidação, por vezes negando-a.

A medida provisória, enquanto instrumento exclusivo do presidente para simultaneamente decretar uma lei de vigência imediata e iniciar o trâmite legislativo, não causa danos estruturais aos pilares da separação de poderes. Comparando o cenário existente antes da EC 32 com os seus desdobramentos até 2006, Da Ros<sup>52</sup> identifica que não ocorreram alterações

significativas no padrão de edição de MPs, ainda que se tenha elevado o número de medidas convertidas em lei, tampouco nas relações entre executivo e legislativo. Entre 2001 e 2006, somente uma MP teria sido editada e vetada pelo presidente: ocorre que foi editada por um, o presidente Fernando Henrique Cardoso no último mês de seu mandato, dezembro de 2002, e vetada pelo presidente Lula, seu sucessor. Trata-se da MP nº 82, sobre a transferência da União para os Estados e o Distrito Federal de parte da malha rodoviária sob jurisdição federal. Em seu levantamento, o autor identifica índices similares de sucesso presidencial na conversão de medidas provisórias antes e depois da EC 32: 86,4% e 87,7%, respectivamente<sup>53</sup>.

Considerando os dois mandatos do presidente Lula, foram adotadas 419 medidas provisórias, isto é, um pouco mais de quatro por mês<sup>54</sup>. No primeiro mandato da presidente Dilma Rousseff, foram emitidas 145 MPs, praticamente três por mês. Nos dezesseis meses do governo FHC após a EC 32, a média foi de cerca de seis.

Tanto antes quanto depois da EC 32, permanecem os custos de rejeição da medida, pois seus efeitos vigoram de forma imediata. O que a emenda constitucional estabeleceu foram as regras que tornam a participação do Congresso viável e efetiva. A própria opção da emenda de manter a medida provisória uma prerrogativa ampla, com restrições de uso pontuais e específicas, demonstra o entendimento de que ela é uma parte relevante do processo legislativo.

#### **Aprovação de Medidas Provisórias desde a EC 32**

	FHC (2001 a 2002)	Lula (2003 a 2006)	Lula (2007 a 2010)	Dilma (2011 a 2014)	Dilma (2014 a 2016*)
Sucesso presidencial	82,4%	90,4%	83,2%	74,5%	80,8%
Fracasso presidencial**	17,6%	9,6%	16,8%	25,5%	19,2%

\* Desconsiderando medidas que se encontram em tramitação.

\*\* Engloba medidas arquivadas, prejudicadas, rejeitadas, revogadas, sem eficácia e vetadas.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A leitura dos elementos constitucionais precisa ser casada com a leitura do contexto histórico e social. Sob a ótica da estrita separação de poderes, a possibilidade de emissão de medidas provisórias talvez pudesse ser vista como interferência do poder executivo no poder legislativo. Uma vez incumbido o legislativo de formular as leis que regem uma determinada sociedade, ao executivo caberia aplicá-las e ao judiciário zelar tanto pelo seu cumprimento como pela sua adequação ao que foi estabelecido no texto constitucional.

A literatura, de maneira geral, enfatiza os aspectos de potencial conflito entre poderes e de desvantagens do uso das medidas provisórias para a saúde do próprio sistema político. A frequência de sua emissão pela Presidência da República, inclusive após a emenda constitucional nº 32, que alterou os procedimentos para edição e tramitação, e os altos índices de conversão em lei nos faz pensar que sua importância e legitimidade enquanto instrumento de início do processo legislativo precisa ser considerada, sobretudo do ponto de vista da existência de relações cooperativas entre os executivo e legislativo. Um sistema presidencialista pluripartidário como o brasileiro traz dificuldades para a coordenação política e a medida provisória pode ser um mecanismo que ajude a superar a lentidão inerente ao processo legislativo e que permite ao governo acelerar a implementação da sua agenda.

Quando santificamos o mito da necessária separação de poderes, arriscamos perder de vista as evoluções e revoluções silenciosas pelas quais passam os sistemas de governo. Esquecemos a necessidade concreta de dar ao governo, ao poder executivo, os meios de executar o seu programa, o que envolve não somente executar, mas também fazer as leis que permitem essa execução. Afinal, foi justamente para executar o seu programa que ele foi eleito e, para tanto, precisa se relacionar com o legislativo. Isso vale tanto para regimes presidencialistas como parlamentaristas.

Precisamos desideologizar o debate que temos no Brasil sobre presidencialismo de coalizão, sobre a força do executivo e sobre como ele pretensamente submete o Congresso, seja por práticas institucionais de controle da agenda e imposição de medidas provisórias, seja por práticas contextuais como oferta de cargos. Claro, isso sem prejuízo de criticar e coibir desvios que possam desnaturar a correção política que deve pautar a prática democrática. Quando

olhamos para o parlamentarismo, percebemos a importância de o chefe do executivo compor o grupo majoritário no legislativo e escolher ministros entre parlamentares. No entanto, quando um ministro no Brasil é substituído para recompor a base de apoio no Congresso, isso costuma ganhar conotação pejorativa.

O arranjo constitucional do presidencialismo é um arranjo *sui generis*, pois precisa de mais elementos de contato e colaboração entre os poderes do que o parlamentarismo. Se neste a cooperação ocorre por integração, pois a eleição do parlamento define a eleição do chefe de governo, naquele a cooperação precisa ocorrer por interdependência. Ou melhor, é a existência da interdependência que coloca a necessidade da cooperação. O presidente eleito precisa do parlamento para implementar sua agenda de governo. O parlamento precisa do presidente para implementar políticas que favoreçam as suas bases.

A medida provisória pode ser entendida como um elemento de cooperação, uma aceleração do processo legislativo que força a entrada na pauta de determinados temas. Ela não é necessária no parlamentarismo porque a integração entre executivo e legislativo unifica a agenda legislativa. No sistema francês, em que o presidente escolhe o primeiro ministro, e não o parlamento, o governo tem prerrogativa constitucional de definir a pauta de discussão na Assembleia<sup>55</sup>.

Também é elemento de cooperação porque envolve dimensionar as possibilidades de sua aprovação antes de sua edição, bem como a negociação em torno do texto. A edição de uma medida provisória é o primeiro passo rumo a uma lei e, se não for bem estudada, expõe o governo a perdas que podem ser significativas. Ela deve ser um catalizador rumo à construção de um consenso, e não uma fissura na base de apoio parlamentar. Um tema no qual haja alinhamento ou sobre o qual não existam posições contrárias consolidadas favorece o executivo.

Entender a agenda do Congresso é um passo importante. A fraqueza do sistema de partidos brasileiro como elemento de coesão ideológica dos parlamentares é comumente apontada como obstáculo para a colaboração entre os poderes. O próprio parlamento resolve isso quando cria as frentes parlamentares: o tamanho de uma frente é o termômetro da força de uma determinada agenda e nos aponta quais elementos ideológicos estão presentes. Fazer a

leitura disso é uma forma do governo perceber qual parte da sua própria agenda pode avançar com mais facilidade e qual enfrentará mais empecilhos.

As funções clássicas exercidas com a separação de poderes entre executivo, legislativo e judiciário permanecem a regra dos regimes democráticos. Se ao primeiro cabe propor e executar, ao segundo caberia, além da função tradicional de legitimação das decisões governamentais, o debate indispensável para a informação do público e controle das intenções governamentais e a crítica aos textos, sobretudo para o aperfeiçoamento da produção legislativa<sup>56</sup>. Esse elemento é o que faz a diferença quando analisamos mais detidamente a existência da legislação delegada.

O poder de decreto conferido ao presidente, nos moldes estabelecidos na Constituição brasileira, preserva a participação do legislativo na produção normativa e mantém o princípio da separação funcional entre os poderes, dado que não há integração definitiva da medida provisória ao ordenamento jurídico se ela não for debatida no Congresso e objeto de lei de conversão exitosa.

## NOTAS

<sup>1</sup> LOEWENSTEIN, 1979, p. 30-31.

<sup>2</sup> WENZEL, 2007, p. 27.

<sup>3</sup> CERAR, 2011, p.395.

<sup>4</sup> AGESTA, s.d., p.93-94.

<sup>5</sup> CERAR, ob. cit., p. 395.

<sup>6</sup> TROPER, 1982, p. 61-72.

<sup>7</sup> Idem, p. 65.

<sup>8</sup> CASTRO, 2015.

<sup>9</sup> WENZEL, ob. cit., p.28.

<sup>10</sup> AGESTA, ob. cit., p.94.

<sup>11</sup> DESAN, 1998, p. 392-394.

- <sup>12</sup> Ver LOEWENSTEIN, 1979.
- <sup>13</sup> TROPER, 2006, p. 34-35.
- <sup>14</sup> TROPER, 2006, p. 35.
- <sup>15</sup> CONSTANTINESCO e PIERRÉ-CAPS, 2013, p. 198.
- <sup>16</sup> Idem, p.199.
- <sup>17</sup> LOEWENSTEIN, ob. cit., p. 153.
- <sup>18</sup> Loewenstein (1979, p. 259) assim define a situação política da Inglaterra, França, Alemanha, Suíça, EUA. Na França, nos últimos dez anos, o uso das *ordonnances* tem sido frequente e banalizado: entre 1960 e 200, foram 35 leis de habilitação; de 2004 a 2013, foram 357 em matérias variadas - direito civil, comercial, rural, social, imobiliário, monetário e financeiro (ver *La législation déléguée* - Journée d'étude du 6 juin 2014. Sous la direction de Philippe Lauvaux et Jean Massot. Société de Législation Comparée, Paris: 2014. Collection Colloques, v. 24).
- <sup>19</sup> LOEWENSTEIN, ob. cit., p. 129-131.
- <sup>20</sup> Confira <http://usgovinfo.about.com/od/thepresidentandcabinet/a/Presidential-Executive-Orders.htm>.
- <sup>21</sup> CONSTANTINESCO e PIERRÉ-CAPS, ob. cit., p. 392-393.
- <sup>22</sup> LOEWENSTEIN, ob. cit., p. 276-279.
- <sup>23</sup> Ver [http://www.senat.fr/role/ordonnances/etude\\_ordonnances1.html](http://www.senat.fr/role/ordonnances/etude_ordonnances1.html). Acesso em 1-mar-2016.
- <sup>24</sup> MELLO FILHO, 2000, p. 203.
- <sup>25</sup> CRUZ, 2009, p. 101-106.
- <sup>26</sup> BARROS, s. d.
- <sup>27</sup> FOGAÇA, 2004, p.221-235.
- <sup>28</sup> Idem, p.230.
- <sup>29</sup> AMARAL JÚNIOR, 2013, p. 166.
- <sup>30</sup> DA ROS, 2008, p. 143-160.
- <sup>31</sup> AMARAL JÚNIOR, ob. cit, p. 76.
- <sup>32</sup> PEREIRA, POWER e RENNÓ, 2008, p. 5-33.
- <sup>33</sup> 2011, p.1747.
- <sup>34</sup> 2011.

- 35 ARAÚJO e SILVA, 2012, p. 58-74.
- 36 FIGUEIREDO e LIMONGI, 1999, p. 156.
- 37 2001, p. 5-38.
- 38 COUTO, 2001, p. 32-44, 2001.
- 39 PEREIRA, POWER e RENNO, 2005, p. 401-421.
- 40 Idem.
- 41 SILVA, e ARAUJO, 2013, p. 19-50, 2013.
- 42 Idem.
- 43 ARAÚJO e SILVA, ob.cit.
- 44 SILVA e ARAUJO, ob. cit.
- 45 Idem.
- 46 ARAÚJO e SILVA, ob. cit.
- 47 DA ROS, 2008, p. 137-142.
- 48 DA ROS, ob. cit., p. 139.
- 49 DA ROS, ob. cit., p. 142.
- 50 CARVALHO, 2009, p. 315-335.
- 51 MAMARI FILHO, 2006, p. 235-243.
- 52 DA ROS, ob. cit., p. 192.
- 53 Idem, p. 38, considerando os primeiros 61 meses após a EC 32.
- 54 AMARAL JÚNIOR, ob. cit., p. 168.
- 55 Ver artigo 48 da Constituição Francesa.
- 56 MAUGUIN HELGESON, 2006, p.486.

## REFERÊNCIAS

AGESTA, Luis Sanchez. *Ideologia y Orden Constitucional*. Disponível em: <<http://www.docfoc.com/agesta-ideologia-y-orden-constitucional>>. Acesso em 8 fev. 2016.



AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *El Régimen Jurídico del Decreto Ley en el Sistema Constitucional Brasileño*. Editorial Tecnos: Madrid, 2013, p. 166.

AMORIM NETO, Octavio; TAFNER, Paulo. Governos de Coalizão e Mecanismos de Alarme de Incêndio no Controle Legislativo das Medidas Provisórias. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 1, p. 5-38, 2001.

ARAÚJO, Suely M. V. G.; SILVA, Rafael Silveira e. Reflexões e Novas Agendas de Pesquisa para os estudos legislativos no Brasil. *Revista Iberoamericana de Estudos Legislativos*, v. 2, n. 2, p. 58-74, 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/riel/article/viewFile/5847/4546/>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

BARROS, Sérgio Rezende. *Medidas Provisórias?* Disponível em <<http://www.srbarros.com.br/pt/medidas---provisorias-.cont.>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

CARVALHO, Ernani. Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política. *Análise Social*, v. 44, n. 191, p. 315-335, 2009, Instituto Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/41012717>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

CASTRO, Matheus Felipe de. *História ideológica e econômica das constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

CERAR, Miro. The Ideology of the Rule of Law. *Archiv für Rechts-und Sozial philosophie*. Bern, v.97, n.3, p. 393-404, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Melin. Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na constituição de 1988.3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CONSTANTINESCO, Vlad; PIERRÉ-CAPS, Stéphane. *Droit Constitutionnel*. 6. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2013.

COUTO, Cláudio Gonçalves. O avesso do avesso: conjuntura e estrutura na recente agenda política brasileira. *São Paulo Perspec.*, São Paulo, v. 15, n. 4, p. 32-44, 2001. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392001000400005>> Acesso em 21 jun. 2015.

CRUZ, Paulo Márcio. Processo Legislativo, Medidas Provisórias e Controle da Constitucionalidade das Leis. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 5, n. 8, p. 101-106, ago.2009.

DA ROS, Luciano. Decretos presidenciais no banco dos réus: análise do controle abstrato de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil (1988-2007). Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2008.

DA ROS, Luciano. Poder de decreto e accountability horizontal: dinâmica institucional dos três poderes e medidas provisórias no Brasil pós-1988. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, v. 16, n. 31, 2008, p. 143-160. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782008000200011>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

DESAN, Christine. Writing Constitutional History Beyond the Institutional/Ideological Divide. *Law & Hist. Rev.*, n. 16, 1998, p. 392-394.

EAGLETON, Terry. *Ideologia*. São Paulo: Boitempo, 1997.

EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D.; QUINN, Kevin M.; SEGAL, Jeffrey A. Ideology and the Study of Judicial Behavior. In JOST, John. *Ideology, psychology, and law*. Oxford University Press, 2011, p. 705-728.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999.

FOGAÇA, José. *Anais do Seminário 15 anos da Constituição Federal Brasileira, 2003*. Organização Guido Faria de Carvalho, Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2004, p.221-235.

FRANÇA. *Les ordonnances prises sur le fondement l'article 38 de la Constitution*. Disponível em: <[http://www.senat.fr/role/ordonnances/etude\\_ordonnances1.html](http://www.senat.fr/role/ordonnances/etude_ordonnances1.html)>. Acesso em : 1 mar. 2016.

GAUDEMET, Jean. *Les naissances du droit: le temps, le pouvoir et la science au service du droit*. 4ª edição. Paris: Montchrestien, 2006. Capítulo 4, p. 347-373.

HABERMAS, Jurgen. Paradigms of Law. *Cardozo Law Review*, v. 17, 1996, p. 771-784.

HANSON, Jon. Ideology, Psychology and Law. In JOST, John. *Ideology, psychology, and law*. Oxford University Press, 2011, p. 3-31.

JOST, John T. The End of The End of Ideology, in JOST, John. *Ideology, psychology, and law*. Oxford University Press, 2011, p. 32-77.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1979.

MAMARI FILHO, Luís Sérgio S. O controle concentrado de constitucionalidade e a intercorrente conversão em lei de medida provisória. *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, n. 170, p. 235-243, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAUGUIN HELGESON, Murielle. *L'élaboration Parlementaire de la loi: étude comparative* Allemagne, France, Royaume-Uni. Dalloz, Paris, 2006.

MELLO FILHO, José Celso de. Considerações sobre as medidas provisórias. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 33, 2000.

NICOLA, Fernanda. What's Love Got to Do with It? Stereotypical Women in Dispositionist Torts. In JOST, John. *Ideology, psychology, and law*. Oxford University Press, 2011, p. 650-683.

PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy J.; RENNÓ, Lucio. Agenda power, Executive decree authority, and the mixed results of reform in the Brazilian Congress. *Legislative Studies Quarterly*, v. 33, n. 1, p. 5-33, 2008.

PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy; RENNO, Lúcio. Opinião pública, estratégia presidencial e ação do congresso no Brasil: "quem manda?". *Opinião Pública*, Campinas, v.11, n.2, p. 401-421, 2005. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-62762005000200005>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

PINHEIRO, Ivan Antônio; VIEIRA, Luciano José Martins; MOTTA, Paulo Cesar Delayti. Mandando Montesquieu às favas: o caso do não cumprimento dos preceitos constitucionais de independência dos três poderes da república. *RAP Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro: FGV, v. 45, n. 6, p. 1733-1759, 2011.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Forense: Rio de Janeiro, 2004.

SILVA, Rafael Silveira e; ARAUJO, Suely M. V. G.. Ainda vale a pena legislar: a atuação dos *agendabolders* no Congresso brasileiro. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, v. 21, n. 48, p. 19-50, 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782013000400002>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

STRAATH, Bo. Ideology and Conceptual History. *The Oxford Handbook of Political Ideologies*, 2013, p.3-19.

TROPER, Michel. La Constitution et ses représentations sous la V<sup>e</sup> République. *Pouvoirs*, n. 4, 1982, p. 61-72.

TROPER, Michel. La V<sup>e</sup> République et la séparation des pouvoirs. in La V<sup>e</sup> République: des institutions libérales? *Droits – Revue Française de Théorie, de Philosophie et de culture juridiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 2006, p. 33-44.

WENZEL, Nikolay. Ideology, Constitutional Culture And Institutional Change: The EU Constitution As Reflection Of Europe's Emergent Postmodernism. *Romanian Economic and Business Review*, v. 2, n. 3, 2007, p. 25-47.

Recebido em: 03/07/2016

Aprovado em: 26/08/2016