XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLITICOS, MOVIMENTOS SOCIAIS E FILOSOFIA DO ESTADO

ADRIANA FASOLO PILATI

FREDERICO THALES DE ARAÚJO MARTOS

LUCAS CATIB DE LAURENTIIS

Copyright © 2023 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

T314

Teorias da democracia, direitos políticos, movimentos sociais e filosofia do estado [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Adriana Fasolo Pilati; Frederico Thales de Araújo Martos; Lucas Catib De laurentiis. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-875-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teorias da democracia e direitos políticos. 3. Movimentos sociais e filosofia do estado. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLITICOS, MOVIMENTOS SOCIAIS E FILOSOFIA DO ESTADO

Apresentação

TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLITICOS, MOVIMENTOS SOCIAIS E FILOSOFIA DO ESTADO I

O XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - CE, dedicado ao tema “ACESSO À JUSTIÇA, SOLUÇÃO DE LITÍGIOS E DESENVOLVIMENTO”, ocorreu no mês de outubro de 2023, ano em que a Constituição Brasileira de 1988 completou 35 anos, cujo processo constituinte destacou-se pela preocupação em aprofundar a democracia por meio da participação popular. Após 35 anos, chegada a hora de propor algumas discussões inovadoras, objetivo deste Congresso.

O Grupo de Trabalho TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLITICOS, MOVIMENTOS SOCIAIS E FILOSOFIA DO ESTADO I, contou com a apresentação de 18 trabalhos, os quais propuseram reflexões sobre voto feminino, cotas de gênero nas eleições brasileiras, direitos das minorias, representação parlamentar feminina, fake news, era digital, desigualdades sociais, violação dos direitos humanos, povos quilombolas, entre outras temáticas.

As comunicações efetuadas pelos participantes, de forma geral, demonstraram preocupação com os horizontes democráticos no Brasil, tanto na dimensão teórica como na sua práxis. Abordaram a necessidade de fortalecer o regime democrático e as simultâneas ameaças que alguns fenômenos atuais, como as fakes news e resistência à representação de minorias, produzem à democracia.

Os trabalhos apresentados se dedicaram ao estudo, especificamente, de temas como justiça eleitoral e o voto feminino, a blockchain no controle social das ações afirmativas da cota de gênero nas eleições brasileiras, a representação parlamentar feminina numa perspectiva relacional de gênero, candidaturas majoritárias avulsas e o tema 974 do STF, reformas do sistema proporcional brasileiro, representação política, discurso parlamentar brasileiro sob a perspectiva de Michel Foucault e Norman Fairclough; democracia e promoção de direitos das minorias, perfil socioeconômico dos cidadãos negros residentes na região metrolopitanda de Paraíba, a fake news na era digital, “demokratia”, povos quilombolas no quadrilátero aquífero mineiro, políticas tecnocratas e de mérito na visão de Michael Sandel, cultura e seu

patrimônio na consolidação da democracia, estruturação social adversa, desigualdades sociais e violação dos direitos humanos:, poder moderador e forças armadas, separação dos poderes e funções atípicas do poder executivo..

Enfim, os conteúdos explorados nos artigos assinalam a inquietação com a dinâmica da participação e democracia e com a construção de decisões democráticas, muito além de discussões meramente dogmáticas. A riqueza dos enfoques teóricos e os múltiplos espectros temáticos abordados refletem a importância da investigação e da imersão acadêmica dos Programas de Pós-Graduação em Direito nos principais problemas em torno das teorias da democracia, dos direitos políticos, dos movimentos sociais e da filosofia do Estado. Mais uma vez se observou a necessidade de criar redes nacionais e internacionais de pesquisa para arraigar diagnósticos e a busca de soluções para os problemas levantados dentro de eixos de análise comprometidos com olhares, saberes e epistemologias próprias para atender a realidade jurídica do Brasil.

Adriana Fasolo Pilati (Universidade de Passo Fundo - UPF)

Frederico Thales de Araújo Martos (Faculdade de Direito de Franca - Universidade do Estado de Minas Gerais)

Lucas Catib De laurentiis (PUC de Campinas)

SEPARAÇÃO DOS PODERES E FUNÇÕES ATÍPICAS DO PODER EXECUTIVO: DISCUSSÃO TEÓRICA E ANÁLISE DE CONJUNTURA

SEPARATION OF POWERS AND ATYPICAL FUNCTIONS OF THE EXECUTIVE BRANCH: THEORETICAL DISCUSSION AND SITUATION ANALYSIS

Antonio Kevan Brandão Pereira

Resumo

Este artigo discute o importante tema da separação dos poderes no Estado Democrático de Direito na contemporaneidade ao realçar a função atípica de legislar desempenhada pelo poder Executivo. Por meio de uma pesquisa bibliográfica, inicialmente é feita uma revisão histórica sobre a formulação da afamada teoria, recuperando assim os seus precursores e dando ênfase ao pensamento daquele destacou-se por suas considerações, o Barão de Montesquieu. Levando em conta os seus impactos sobre o constitucionalismo moderno, discute-se, posteriormente, como a referida teoria converteu-se numa espécie de dogma no âmbito da discussão política e jurídica. Em um terceiro momento, é feita uma análise no tocante aos impactos das mudanças políticas, sociais e econômicas ocorridas no século XX sobre o Estado, e como estas contribuíram para alterar os papeis desempenhados pelos poderes. Por fim, e com base em um diálogo com a literatura especializada, verifica-se que no exercício de suas funções atípicas o Executivo converteu-se no principal responsável pela atividade legislativa, pelo que se chama a atenção, à guisa de conclusão, para os sentidos hodiernos da separação dos poderes.

Palavras-chave: Separação dos poderes, Poder executivo, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

This article discusses the important theme of the separation of powers in the contemporary Democratic State by highlighting the atypical function of legislating performed by the Executive branch. Through a bibliographical research, a historical review is initially made on the formulation of the famous theory, thus recovering its precursors and emphasizing the thought of the one who stood out for his considerations, the Baron of Montesquieu. Taking into account its impacts on modern constitutionalism, it is subsequently discussed how the referred theory became a kind of dogma in the context of political and legal discussion. In a third moment, an analysis is made regarding the impacts of the political, social and economic changes that occurred in the 20th century on the State, and how these contributed to change the roles played by the powers. Finally, and based on a dialogue with the specialized literature, it appears that in the exercise of its atypical functions the Executive has become the main responsible for legislative activity, which is why attention is drawn, by way of conclusion, to the modern meanings of the separation of powers.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Separation of powers, Executive power, Democracy

Introdução

A teoria da separação dos três poderes, que ganhou amplo destaque após a formulação elaborada por Charles Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, consolidou-se no mundo ocidental como uma condição indissociável para se estabelecer limites ao poder do Estado. Antes da elaboração do autor francês, contudo, a ideia de que o poder não deveria estar circunscrito em uma única pessoa ou sob o comando de um único grupo já havia sido reportada por outros pensadores.

Aristóteles (1998, p.214), por exemplo, em sua clássica obra "A Política", já delineara que seria injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder. Muito tempo depois, no século XIV, Marsílio de Pádua, em "O Defensor da Paz", esboçou uma incipiente distinção entre poder legislativo e poder executivo. O autor acreditava que haveria uma oposição entre o povo, que ele denomina de "primeiro legislador", e o príncipe, responsável da função executiva. Mesmo Nicolau Maquiavel (2007, p.168-169), no começo do século XVI, em "O Príncipe", relatou a existência em França de três poderes dissemelhantes, a saber, o executivo, o legislativo e um judiciário independente[1].

Contudo, o precursor de maior destaque foi sem dúvidas o inglês John Locke. Isto porque, no século XVII, em "O Segundo Tratado sobre o Governo Civil", Locke (2005, p.514) expôs de forma mais elaborada uma separação entre os poderes do Estado. De acordo com ele existiriam três poderes, a saber, o legislativo, responsável pelo emprego das forças de um Estado com o objetivo de preservar e proteger a sociedade e seus membros, o executivo, que assegura a execução da leis, e o federativo, que seria vinculado ao Executivo, sendo encarregado dos assuntos externos, como declaração de guerra e acordos de paz[2]. O autor enfatiza, porém, que os poderes essenciais de uma sociedade são o executivo e o legislativo, ressaltando que em monarquias moderadas ou em todos os governos bem ordenados os dois poderes devem achar-se em diferentes mãos (CHEVALIER, 1982, p.110).

[1] Alguns estudos apontam que outros pensadores, como Platão, Políbio, Heródoto, Xenofonte e Cícero já esboçavam elementos condizentes com a não concentração do poder em uma única pessoa. Tempos depois, também Tomás de Aquino, Maquiavel – citado acima – e Althusius também elaboraram uma ideia de que os poderes não poderiam estar concentrados. Sobre os antecedentes da teoria da separação dos poderes, v. Clève (2000, p.23-24), Dallari (2016, p.215) e Velasco (2018, p.453).

[2] É interessante perceber que John Locke não faz menção de um "Poder Judiciário". Ainda sobre a separação de poderes no pensamento de John Locke, Louis Althusser (2007, p.326-327) nos fala que Locke entendia o poder executivo como auxiliar, o executante do poder legislativo ao qual está submetido. O Poder Legislativo não poderia delegar a ninguém o poder de fazer as leis.

A seguir, observar-se-á que essas ideias, sobretudo aquelas elaboradas pelo "pai" do liberalismo, influenciaram diretamente o autor responsável pela formulação da teoria da que ganhou espaço por todo o mundo, e que até hoje é objeto de análises e debates por todos aqueles que se interessam pelo estudo do Estado, a saber, Charles Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu. Foi através das formulações desse pensador francês que a teoria da separação dos poderes expandiu-se e praticamente ganhou status de "dogma", passando a ser encarada como uma condição indispensável a materialização de um Estado de Direito.

No presente trabalho, o objetivo central é compreender como essa influente e afamada teoria pode ser entendida no âmbito do Estado Democrático de Direito contemporâneo a partir do desempenho das funções típicas e atípicas dos poderes, especificamente do poder Executivo. Em outras palavras, almeja-se discutir, com amparo na literatura especializada, quais os significados da teoria da separação dos poderes frente aos desafios enfrentados nos Estados atuais. Lançando mão de uma pesquisa bibliográfica, será feita em um primeiro momento um revisão histórica sobre a formulação da teoria dos três poderes, salientando os seus precursores e dando ênfase ao pensamento daquele destacou-se por suas considerações, o Barão de Montesquieu. Posteriormente, discute-se como tal teoria converteu-se em dogma no contexto do debate político e jurídico. Em um terceiro ponto, é feita uma análise no tocante aos impactos das mudanças políticas, sociais e econômicas ocorridas no século XX sobre o Estado, e como estas contribuíram para alterar os papeis desempenhados pelo Executivo, pelo Legislativo e pelo Judiciário. Por fim, e buscando-se perquirir os sentidos atuais da separação dos poderes, é ressaltado o papel desempenhado pelo Executivo em sua função atípica de legislar em diferentes países. À guisa de conclusão, salienta-se a importância dos achados e enfatiza-se a relevância de uma agenda de estudos encarregada de investigar os impactos da atuação hodierna dos três poderes nas instituições caras ao regime democrático.

1 – A concepção clássica da teoria da separação dos poderes

Em seu icônico livro "O Espírito das Leis", Montesquieu tratou de vários temas concernentes à política, ao Estado e aos direitos dos homens. No entanto, a parte que se notabilizou como a mais importante de seus escritos refere-se ao princípio da separação dos poderes. Conforme foi mencionado, esse pensador francês, que inspirou-se nos escritos de John

Locke[3] e também na realidade política da Inglaterra de sua época, parte do pressuposto de que "para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder" (MONSTESQUIEU, 2005, 166). Para que seja possível essa limitação, o poder do Estado, que é uno, deveria ser exercido por meio de três órgãos distintos e autônomos que desenvolveriam funções específicas.

E é justamente aqui que se encontra o cerne de sua teoria. Numa célebre passagem, Montesquieu fala que:

> Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. [...] quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. [...] tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares (MONTESQUIEU, 2005, p.167-168).

Depreende-se que o poder do Estado deveria ser exercido mediante a atuação de três órgãos separados, quais sejam, o legislativo, o executivo e o judiciário, cada um deles desempenhando funções específicas. A separação dos três poderes do Estado é um requisito para a liberdade política, "de tal modo que os poderes fiquem em mãos diferentes; se quaisquer dois ou todos estiverem combinados nas mesmas mãos, o poder estará por demais concentrado e será pouco controlado" (LOWENTHAL, 2013, p.468). Montesquieu enfatiza que a concentração dessas funções levaria inevitavelmente a um regime tirânico de governo. Com isso, denota-se inicialmente que o órgão que legisla não pode ser o mesmo que executa as leis, ao passo que nenhum deles poder ser o encarregado de decidir as controvérsias.

Montesquieu não apenas deu forma aos três poderes como também frisou que não pode haver qualquer tipo de subordinação entre eles, devendo acontecer, ao contrário, uma espécie de coordenação. Assim, o poder Legislativo é composto por membros eleitos pelos cidadãos e possui a função de fazer as leis e observar a fiel execução de seus mandamentos. O Executivo é o órgão responsável por executar as disposições que estão expressas na lei. O poder

[3] Entre os comentadores da teoria política há uma espécie de consenso de que Montesquieu inspirou-se no pensamento de John Locke quando da elaboração da teoria da separação dos poderes. Todavia, ao analisar a obra de Montesquieu, David Lowenthal (2013, p.468) nos fala que o autor francês "não divide os poderes do governo exatamente da mesma forma que Locke. Locke distinguira a função de executar a política externa e a denominara "poder federativo" e incluíra simultaneamente a execução das leis nacionais e o julgamento dos infratores da lei no título do poder executivo. O que Montesquieu faz é juntar, em um só poder, a execução das leis nacionais e da política externa, ao mesmo tempo em que concede independência ao poder judicial. Seu propósito, em suma, e garantir ao cidadão uma segurança ainda maior do que era possível dentro do sistema de Locke."

Judiciário, por sua vez, seria um poder invisível e nulo, formado por juízes que devem apenas e tão somente se pronunciarem estritamente nos termos da lei para solucionar os conflitos existentes no plano privado.

Para o pensador francês só há razão na existência de três ramos do poder desde que estes estejam separados e com funções previamente definidas, realçando que essa separação não pode ser dissociada do equilíbrio entre eles. Em Montesquieu, essa "distribuição" do poder possibilita a sua limitação, gerando assim um governo moderado (CHATELÊT, 2009, p.61). Alguns estudiosos de seu pensamento questionam se a separação mencionada por Montesquieu era rígida, pura, ou se no conteúdo esboçado por ele já estava implícita a ideia de *checkand balances*. De todo caso, da análise dos escritos de Montesquieu, o ponto central é a existência de três poderes que não apenas devem estar separados, mas também harmônicos, e que existem espaços de interação a fim de gerar contrapesos internos e externos (VELASCO, 2018, p.455).

Isso resulta no fato de que o poder Executivo pode obstar os atos do Legislativo através daquilo que o autor chamou de "faculdade de impedir". Já ao poder Legislativo cabe verificar se as leis estão sendo devidamente cumpridas, cabendo também a função de fiscalizar o Executivo. Ao Judiciário caberia o controle das relações privadas. Colocando de uma maneira mais direta, o que Montesquieu propõe é uma combinação entre separação e equilíbrio de poderes.

Analisando pensamento do Barão de Montesquieu, Gwyn afirma que à época imaginava-se que a ideia de separação dos poderes geraria alguns desdobramentos, tais como:

> criar um governo eficiente, garantir que as leis sejam ditadas no interesse de todos, promover que a lei seja administrada imparcialmente e que todos estejam sob o estado de direito, permitir aos representantes exigir uma responsabilização dos funcionários do poder executivo e, finalmente, estabelecer um equilíbrio entre os poderes do governo. (GWYN, 1965 p.11).

Essa teoria proposta pelo autor francês exerceu forte influência nos movimentos constitucionalistas que estavam surgindo no final do século XVIII. Suas formulações encontraram guarida não apenas na Europa central, mas também repercutiram além-mar, sendo interessante perceber os pressupostos que motivaram os atores políticos para tal implementação. Deve-se ter em mente que os constitucionalistas acreditavam que a separação dos poderes era uma condição indispensável para assegurar a proteção dos direitos individuais e das liberdades a partir da limitação do poder do Estado. Eles a entendiam como um pré-requisito mesmo para a garantia das liberdades civis. Essa ênfase dada pelos constitucionalistas à separação dos poderes foi a responsável pela consagração ou até mesmo pela "dogmatização"

da teoria, cujo núcleo essencial passou a figurar nas cartas constitucionais de vários países a partir de então.

Dois exemplos notórios são os casos dos Estados Unidos da América e da própria França. No primeiro, antes mesmo da promulgação da Constituição de 1787, a separação dos poderes já se encontrava positivada nas constituições de algumas colônias recém-emancipadas[4]. Durante os trabalhos de elaboração da Constituição Federal, o tema da separação dos poderes foi um dos mais debatidos, merecendo uma apreciação cuidadosa por parte dos constituintes. Nesse sentido, vale trazer as palavras de James Madison no clássico livro "O Federalista":

> Repreende-se a Constituição proposta à infração do princípio político que exige a separação e distinção dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Essa precaução, tão essencial à liberdade (dizem), foi inteiramente desprezada na organização do Governo Federal, onde os diferentes poderes se acham distribuídos e confundidos com tal exclusão de toda a ideia de ordem e simetria, que muitas das suas partes essenciais ficam expostas a serem esmagadas pelo peso desproporcionado de algumas outras. Não há verdade política de maior valor intrínseco, ou escorada por melhores autoridades, do que aquela em que essa objeção se funda; a acumulação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mãos de um só indivíduo, ou de uma só corporação, seja por efeito de conquista ou de eleição, constitui necessariamente a tirania (HAMILTON; MADISON; JAY; 2003, p.298).

Não demoraria muito para que ganhasse relevo também em França, sendo um dos principais temas debatidos na Assembleia Nacional. O fato, porém, é que a separação de poderes foi incorporada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão aprovada em 1789. A redação do artigo XVI da Declaração retrata o peso conferido aos pressupostos da teoria: "toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição". Tomando esses dois casos, denota-se que naquele período existia, assim, a plena convicção de que a separação dos poderes do Estado era a condição *sine qua non* para a proteção dos direitos e das liberdades.

A separação dos poderes tal como elaborada por Montesquieu consistia, portanto, em uma formulação que previa a existência de três poderes no Estado que possuíam funções distintas e relativamente equilibradas, e que a interação entre eles geraria os necessários freios e contrapesos para coibir o abuso do próprio poder.

Porém, aqui é válido e pertinente mencionar uma literatura que desenvolveu uma crítica aos pressupostos liberais e chama a atenção para outros aspectos subjacentes à teoria da separação dos poderes. Domenico Losurdo (2004, p.108), por exemplo, ao comentar as obras de John Locke e Montesquieu, destaca que a separação, nesse sentido, funcionaria para coibir

[4]As Constituições da Virgínia, de 1776e de Massachusetts, de 1780, por exemplo, já expressavam o princípio da separação dos poderes antes da Constituição Federal de 1787.

o avanço de demandas populares, de setores desfavorecidos que, numericamente superior, poderiam unir forças e assim promover mudanças mais amplas no seio da sociedade a partir do comando do poder político. O referido autor aponta que essa "preocupação" marcou os trabalhos dos federalistas durante os trabalhos da convenção norte-americana, porquanto naquele momento temia-se o avanço das massas a partir da formação de maiorias legislativas, pelo que o controle disponível ao Executivo serviria então para conter ações dessa natureza.

> A Constituição derivada da convenção da Filadélfia herda e radicaliza ainda mais a atenção ao estado de exceção reservada pela tradição liberal, com o olhar voltado para os temidos abusos do Legislativo. Mas o remédio não é mais apontado numa Câmara hereditária dos Pares com direito de veto em face do ramo mais ou menos popular do Parlamento, como em Locke e em Montesquieu, mas num forte Executivo concentrado nas mãos de uma única pessoa, isto é, de um presidente em condição de se tornar, a qualquer momento, um ditador no sentido romano do termo (LOSURDO, 2004, p. 111).

Percebe-se que o debate teórico em torno da teoria da separação dos poderes é extenso e relevante. Para os objetivos do presente trabalho, é válido anotar o fato de que essa teoria foi fortemente adotada pelo constitucionalismo e passou a fazer parte da vida política de vários estados ocidentais. Contudo, o sentido da concepção original foi mudando com o passar do tempo, tendo contribuído para isso importantes acontecimentos políticos, econômicos e sociais. Desse modo, a teoria da separação dos poderes adquiriu novas interpretações, passando a ter novos significados no contexto dos estados contemporâneos.

2 – O sentido atual da separação de poderes

A reflexão sobre a teoria da separação dos poderes na contemporaneidade despertou algumas críticas e indagações. Diante de tantas mudanças, como os desdobramentos decorrentes da própria evolução do capitalismo, do advento do sufrágio universal, da entrada dos partidos políticos na arena política etc., passou-se a questionar sobre a validade da separação de poderes de possibilitar os necessários freios e contrapesos à ação do poder estatal. Com isso, é difícil imaginar que hoje se advogue a favor de uma separação absoluta das funções relativas aos poderes.

As críticas desferidas à teoria que, segundo a avaliação de alguns estudiosos, se convertera em algo inquestionável, praticamente um verdadeiro dogma, ganharam relevo na primeira metade do século XX. Karl Loewenstein (1986, p.56), por exemplo, afirmou que a separação de poderes não é essencial para o exercício do poder político, nem apresenta uma verdade evidente e válida para todos os tempos.

As dificuldades de manter essa compatibilização da separação dos poderes frente à realidade dos estados contemporâneos tornam-se mais evidentes quando se observa o plano descritivo. Os sistemas parlamentaristas são um exemplo disso, na medida em que Executivo e Legislativo tornam-se coparticipantes no governo. Já nos sistemas presidencialistas é notório o fato de que o executivo adquiriu novas tarefas, desempenhando assim uma variedade de funções administrativas. Alguns fatores essenciais contribuíram para isso, como por exemplo, a ascensão do chamado "estado de bem-estar" ou "estado regulador".

Como foi visto, a teoria foi formulada e consagrada em um contexto no qual as ideias liberais, sustentadas por uma classe burguesa emergente, preconizavam, sobretudo, a liberdade dos indivíduos frente à ação do Estado. O Estado deveria ser apenas um garantidor da ordem, pelo que não se concebia um cenário em que o aparato estatal passaria a ter um ativo papel na provisão e na regulamentação de serviços. O Estado contemporâneo assume, obviamente, um leque de funções que os atores políticos dos séculos XVIII e XIX não poderiam imaginar. Nesse sentido, o aparecimento e o desempenho dessas novas funções acabam por colocar em xeque àquela separação de poderes outrora formulada.

Outro ponto a ser considerado para a compreensão do argumento de que a concepção original da teoria da separação dos poderes ficou enfraquecida no âmbito dos estados contemporâneos diz respeito aos regimes governamentais. O presidencialismo, por exemplo, desde a sua origem, apresentou dificuldades com o equilíbrio entre os poderes (VELASCO, 2018, p.459). Sabe-se que nos regimes presidencialistas atuais há uma grande concentração de poderes Executivo, em que este, na maioria dos casos, detém amplas atribuições de natureza administrativa e legislativa. Com isso, não é incomum que os outros poderes encontrem sérias dificuldades para exercerem um controle efetivo contra os atos de uma burocracia fortalecida.

Não obstante, esta não é uma realidade exclusiva dos sistemas presidencialistas. No parlamentarismo, a despeito da especificidade da formação do gabinete que compõe o Executivo a partir do Legislativo, denota-se também a predominância do governo em detrimento do trabalho do parlamento. Analisando o caso inglês, Eric Barendt (1995, p.614), fala que a não ser nos poucos casos em que há uma divisão partidária significativa, o governo controla efetivamente o Legislativo, o que coloca em suspenso, então, o afamado sistema de freios e contrapesos. Sobre as características dos atuais sistemas parlamentarista, Velasco (2018) coloca o seguinte:

> Foi afirmado que o modelo parlamentar que funciona melhor é aquele em que o papel do parlamento é reduzido a ser um fórum em que a aprovação e discussão das leis propostas pelo gabinete é uma formalidade. O aumento do poder do governo em

> detrimento da ação do Legislativo levou a ciência política a classificar esse período como presidencialização dos sistemas parlamentares. Em virtude desse fenômeno, muitos países que exibem esse sistema estão assumindo uma prática política mais típica dos presidencialismos, sem nenhuma mudança na estrutura formal de suas constituições (VELASCO, 2018, p.460).

Outro importante fator que contribuiu para que se questionasse a validade da formulação original da teoria da separação dos poderes frente aos estados contemporâneos relaciona-se com o surgimento dos partidos políticos na arena pública. Como representantes, os políticos eleitos por determinado partido passam a desempenhar as suas funções de acordo com as orientações e as determinações de sua agremiação e, a depender do caso, em constante negociação com os demais grupos aliados. Dessa forma, o sistema de controle mútuo entre os poderes fica fragilizado, haja vista o provável caso em que determinado partido ou coalizão detenha o controle dos poderes Executivo e Legislativo. Observando esse "entrelaçamento", algo comum e corriqueiro no âmbito dos estados contemporâneos, percebe-se as dificuldades de se tomar a teoria da separação dos poderes hodiernamente sem se fazer as devidas adaptações.

Dessa forma, o papel de destaque dos partidos políticos, associado às outras mudanças já mencionadas, como o advento de um estado regulador, bem como as diferentes configurações que podem assumir os regimes políticos atuais, torna insustentável a concepção original que tomava a separação dos poderes como algo suficiente para gerar um sistema de freios e contrapesos. Não se trata, frise-se, de não reconhecer a importância da teoria[5]. O que se advoga hoje em dia é que a mesma deve ser tomada a partir de novos arranjos institucionais que considere as especificidades dos Estados atuais e que ofereça um efetivo sistema de controle de suas atividades.

Com isso, se na concepção inicial o princípio significava a separação de funções entre poderes equilibrados com o objetivo de proteger direitos, hoje em dia, quando se aborda o tema, tem-se que a separação dos poderes relaciona-se com uma divisão de funções entre os vários órgãos públicos para evitar uma concentração do poder.

Com o passar dos anos, o constitucionalismo foi incorporando novos mecanismos e procedimentos com o intuito de ampliar a proteção das liberdades. Cite-se, a título

[5] Sobre esse ponto, observe-se as opiniões de autores como Bobbio (1994), Waldron (2013) e Vile (1998). Apesar das críticas e dos desafios que a separação de poderes teve que superar, ela continua sendo hoje uma base do constitucionalismo. Bobbio sustenta que é "um dos temas dominantes em toda a tradição do pensamento político ocidental". Waldron afirma que constitui um princípio útil da teoria política para avaliar os arranjos legais e constitucionais atuais: "um princípio importante dentro do corpo de teorias que chamamos de constitucionalismo", ele diz. E Vile, de maneira mais abstrata, considera que tanto a separação de poderes quanto o equilíbrio entre eles são ideias fundamentais de nosso "aparato intelectual" moderno.

exemplificativo, a elaboração de variados tipos de leis para reforçar a consagração de direitos, a inserção do instituto do controle de constitucionalidade, a criação de tribunais especializados, a internacionalização dos direitos humanos, dentre outros. Tudo isso são "mecanismos que o direito constitucional contemporâneo invoca e recorre regularmente à proteção de direitos e liberdades" (VELASCO, 2018, p.462).

A ideia de desconcentração é essencial para que se apreenda o sentido que os estudiosos conferem atualmente ao princípio da separação dos poderes. Conforme foi assinalado, a separação e o equilíbrio de poderes na forma incialmente prevista continuam a ser importantes para a proteção de direitos. Entretanto, os arranjos institucionais atuais vão muito além da ideia de três poderes distintos que deveriam exercer vigilância entre si, buscando, hoje, o estabelecimento de instâncias diferenciadas que gerem controle mútuo e coíbam a concentração do poder.

Observe-se, nesse sentido, de acordo com Kelsen (2005, p.344), que a interpretação mais acurada desse princípio encontra-se na afirmação de que ele vai contra a concentração de poderes, e não contra a separação deles. Para Bobbio (1994, p.135), quando se fala atualmente da teoria proposta por Montesquieu, entende-se que a distribuição de poder é o efeito de um sábio arranjo de equilíbrio entre diferentes poderes parciais e não está concentrada nas mãos de apenas um. Segundo Häberle (2003, p.208), que compartilhava da ideia de que a separação dos poderes era o núcleo central de um Estado constitucional, o que importa é apenas que o abuso de poder seja efetivamente impedido[6].

Notou-se, assim, que a antiga conceituação de poderes com funções determinadas e com exclusividade no desempenho delas destoa da realidade dos Estados constitucionais contemporâneos. Em consequência dos variados e intensos acontecimentos políticos, econômicos e sociais, foi preciso que se desenvolvessem novos arranjos institucionais para impedir a concentração no âmbito de cada um dos poderes do Estado, haja vista a insuficiência do antigo modelo[7]. É certo, porém, que a formulação de novos mecanismos e instrumentos de controle e fiscalização para inibir o abuso de poder e garantir a proteção de direitos e liberdades

[6] Charles Eisenmann (1975, p.447), procura enfatizar que essa desconcentração do poder já havia sido delineada por Montesquieu em "O Espírito das Leis". Eisenmann argumentou que ele simplesmente promoveu a "não identidade do órgão" que exercia as três funções e não a separação delas. E, prestando especial atenção à relação entre o Executivo e o Legislativo, continua ele, Montesquieu queria "investir dois órgãos em conjunto no interior do Estado, o parlamento e o governo, com o poder supremo, postulando seu acordo como necessário e livre".

[7] Vale citar uma informação adicional colocada no excelente estudo realizado por Sebastián Soto Velasco. Para o autor chileno, em vários regimes governamentais foram incorporados mecanismos e instâncias de equilíbrio inter-poder e intra-poder. Assim, ele nos diz, "a antiga separação de funções não é mais alcançada através da atribuição de funções exclusivas, mas através de controles e coordenação internos". (VELASCO, 2018, p.465).

não é uma tarefa acabada, exigindo sempre adaptações ou inovações por parte dos atores políticos.

3 – Funções atípicas dos poderes do Estado

A nova concepção da teoria da separação dos poderes, a despeito das intensas e marcantes transformações políticas, econômicas e sociais, manteve o cerne da formulação original elaborada pelo Barão de Montesquieu. Em verdade, as constituições de vários Estados contemporâneos – inclusive a brasileira – continuam a consagrar a separação dos poderes, ratificando assim a ideia de independência e harmonia entre eles.

No tocante à noção de independência, esta tem como desdobramento o fato de que cada um dos poderes tem a autonomia para, por exemplo, atuar de acordo com as atribuições que lhes são próprias, independentemente de manifestação externa, para tratar sobre assuntos relativos à sua própria estruturação e para disciplinar sobre o ingresso e a carreira de seus servidores. Todos esses atos não dependem da autorização ou da vontade dos outros poderes, devendo para tanto seguir os ditames constitucionais e legais.

A ideia de harmonia, por sua vez, consubstancia-se, primeiramente, no fato de que há uma necessária interação entre os poderes. Essa interação é que permite o desenvolvimento prático do sistema de freios e contrapesos. Percebe-se aqui, mais uma vez, que a divisão das funções estatais em órgãos separados não é totalmente absoluta. Para que não ocorra o abuso ou a concentração do poder, é preciso que o arranjo institucional promova meios capazes de gerar equilíbrio com o objetivo de evitar que determinado poder venha a se impor em relação aos demais.

É nesse processo de interação que acontece, a título exemplificativo, a possibilidade conferida ao chefe do poder Executivo de participar no processo de elaboração de leis sancionando ou vetando os projetos elaborados pelo poder Legislativo. Da mesma forma, cabe ao Legislativo avaliar e modificar os projetos de lei iniciados pelo Executivo, sendo o responsável último pela aprovação ou rejeição. No entanto, o chefe do Executivo detém outras prerrogativas para interferir nos trabalhos do parlamento no intuito de fazer valer determinada proposta. Como não poderia deixar de ser, o poder Judiciário também se envolve nessa interação, haja vista o exemplo de que os tribunais podem fazer valer as suas prerrogativas e declarar a inconstitucionalidade das leis ratificadas pelo Legislativo. Em contrapartida, os membros dos tribunais superiores são muitas vezes nomeados pelo chefe do Executivo com a concordância do Legislativo.

Essas e outras interações possibilitam que aconteça o equilíbrio entre os poderes do Estado, materializando-se desse modo um sistema de freios e contrapesos que impede a prevalência de um sobre o outro. No chamado "Estado de Direito", portanto, impõe-se que haja uma fiscalização intencional e controle recíproco, evitando assim deturpações e abusos. Como bem colocou Silva (2018, p.113), a desarmonia, entretanto, se dá sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um poder em detrimento de outro.

Muitas dessas interferências são classificadas pelos estudiosos – especialmente àqueles dedicados ao Direito Constitucional – como "funções atípicas". Foi visto acima, quando da análise da concepção inicial da teoria da separação, que aos poderes do Estado foram designadas funções bem definidas. Assim, de maneira geral, ao poder Legislativo compete elaborar as leis e fiscalizar os atos do Executivo; a este cabe executar os atos concernentes à administração em acordo com as leis aprovadas pelo Legislativo. Ao poder Judiciário incumbe a tarefa de exercer a função jurisdicional, aplicando assim as leis de acordo com o caso concreto diante da existência de um conflito de interesses.

Acontece que, em razão do sistema de freios e contrapesos, os poderes do Estado contemporâneo passam exercer funções que são tradicionalmente e tipicamente atribuídas aos outros. Na concepção atual, conforme foi frisado, a divisão das funções não é rígida, abrindo assim espaço para o desenvolvimento de atos atípicos. Emergem, dessa maneira, exceções que são entendidas como necessárias para o equilíbrio institucional.

É assim, por exemplo, que o poder Executivo tem amplas prerrogativas para iniciar o processo legislativo. Vale citar aqui, além do instituto do veto já brevemente mencionado, a faculdade de editar atos com força de lei que produz efeitos imediatos. Certamente, a capacidade consignada contemporaneamente a esse poder de criar leis causaria espanto aos primeiros teóricos que advogavam pela separação das funções. Adicionalmente, pode-se informar também como função atípica do poder Executivo a apreciação e julgamento de questões administrativas que lhe são questionadas no âmbito de sua estrutura.

O poder Legislativo, responsável por excelência pela elaboração das leis de um Estado, também exerce funções atípicas. Ele é independente para disciplinar sobre toda a sua estrutura, compreendendo aí a organização de seus órgãos, convocação de servidores, funcionários e demais assuntos internos. Trata-se, assim, do desempenho de uma função atípica de natureza administrativa. Mais emblemática, frise-se outrossim, é outra função excepcional

conferida ao Legislativo, de natureza jurisdicional, cabendo-lhe, o julgamento do processo de impeachment do presidente da República[8].

Finalmente, tem-se que o poder Judiciário também pode realizar funções que são tipicamente atribuídas aos outros poderes, notadamente de dois tipos, quais sejam, administrativas e legislativas. No caso, também como condição decorrente do princípio da independência, compete ao Judiciário, por exemplo, administrar toda a sua estrutura interna, organizar a prestação de seus serviços e dispor sobre a carreira de seus membros. O Judiciário também legisla, na medida em que é o responsável pela elaboração de seus regimentos internos. Ressalte-se ainda que em alguns casos este poder estatal pode até mesmo editar normas que passam a ter alcance geral, como na hipótese das súmulas vinculantes, fato este que ocorre no Brasil.

4 – O protagonismo do Executivo na atividade legislativa

No debate atual sobre a teoria da separação dos poderes chama a atenção de analistas e estudiosos o protagonismo que o poder Executivo de vários Estados vem assumindo nos últimos anos na atividade legislativa. Esse destaque conferido ao Executivo relaciona-se às amplas prerrogativas que lhe foram atribuídas, sobretudo no que toca à sua acentuada participação no processo legislativo, seja modificando as proposituras produzidas pelo Legislativo, seja na sua própria capacidade de iniciar leis concernentes a vários temas. Deduz-se, assim, que o Executivo possui uma real e efetiva capacidade de alterar o ordenamento jurídico ou, em outras palavras, o "status quo legal".

Discutiu-se no ponto anterior a questão das funções atípicas. A harmonia que deve haver entre os poderes torna possível um sistema mútuo de controle e fiscalização, coibindo assim a preponderância de um sobre o outro. Dentre essas funções relatadas e empreendidas por determinando poder que tradicionalmente não lhes são atribuídas, intenta-se discutir especificamente sobre a atividade legislativa do poder Executivo. O motivo, para tanto, é que tal atividade é uma das mais debatidas quando se colocam indagações sobre a separação dos poderes. Outra razão que justifica a presente reflexão é o fato de que essa é uma realidade presente em vários países do mundo, sendo fator indispensável para a compreensão das relações entre os poderes Executivo e Legislativo.

[8] Obviamente que essa função jurisdicional do Legislativo não pode ser generalizada. Não acontece em todos os países. Menciona-se aqui ao Brasil, EUA e outros países cujo parlamento é o responsável por julgar o presidente nos crimes de responsabilidade.

Conforme foi dito, o poder Executivo participa do processo de elaboração de leis por meio de duas ações principais: atuando em uma das fases previstas para a feitura de uma lei, ou exercendo ele mesmo a prerrogativa de editar um ato dotado ou não com força de lei. No que diz respeito à primeira possibilidade, o Executivo – ou simplesmente o "governo" – participa nas etapas do processo legislativo que são previstas numa Constituição ou na legislação infraconstitucional, seja propondo um projeto de lei, seja por meio da sanção ou do veto, ou simplesmente através dos atos de promulgação e publicação das leis.

É interessante notar que antes de o parlamento conquistar a prerrogativa de ser o responsável pela elaboração legislativa, o que se deu com a consolidação dos ideais liberais e consequentemente do constitucionalismo, era unicamente o governo que expedia as leis e os regulamentos[9]. A despeito desse precedente histórico, após a consagração da separação dos poderes o Legislativo passou a exercer com exclusividade a função que lhe é típica.

Não obstante, como já foi dito em alguns momentos, a colaboração entre os poderes foi ganhando espaço em detrimento de uma rígida separação. O Estado nacional tornou-se complexo, e o desenvolvimento simultâneo de várias funções passou a ser uma exigência da realidade. A tese da separação rígida dos poderes ficou obsoleta, e o Executivo firmou-se ainda mais como um ator participante do processo de elaboração legislativa. De acordo com Clève (2000, p.103), este é um fato tão evidente que atualmente, quase todas as constituições conferem a ele o poder de iniciativa. Mesmo quando não é formalmente estabelecido, como no caso dos Estados Unidos, o Executivo, mesmo que de forma indireta, acaba tendo êxito em sua empreitada.

A superação da tradicional separação de poderes fica clara, afirma Karl Loewenstein (1986, p.269), quando se observa a posição do governo no processo legislativo. Fazendo referência especialmente ao cenário do século XX, diz o autor que para onde quer que se olhe, o governo encontra-se como parte no âmbito do processo legislativo. Isso fica ainda mais claro quando se nota que tal fato aplica-se à realidade, apenas para citar alguns exemplos, de países como Itália, Inglaterra, Alemanha, Espanha, França, Portugal e Brasil.

É importante atentar que essa participação legislativa do Executivo acontece independentemente do sistema de governo. Constata-se, ao observar os países citados, que o governo participa ativamente do processo de elaboração de leis em sistemas presidencialistas

[9] De acordo com Ferreira Filho (2012, p.139) o constitucionalismo alterou essa realidade. Restou ao monarca apenas o poder de veto, sendo a iniciativa legislativa restrita ao Parlamento. Nas palavras do autor: "nenhum outro poder, nem o Executivo, nem o Judiciário, em hipótese alguma pode apresentar projetos que alterem o direito existente, ou apresentar à aprovação das Câmaras a sugestão de normas jurídicas novas".

ou parlamentaristas. Quando se trata de sistemas parlamentaristas, em que há uma corresponsabilidade entre governo e parlamento, indaga-se logo a procedência dessa afirmação. Todavia, basta olhar em direção ao caso concreto para visualizar o ativo papel do Executivo em sistemas dessa natureza. Para tanto, tome-se o clássico exemplo da Inglaterra. Bruce Ackerman (2009, p.37), enfatiza que o primeiro-ministro monopoliza a iniciativa legislativa naquele país, e destaca o protagonismo do gabinete nesse processo. Na Itália, onde também vige um sistema parlamentarista, denota-se uma intensa participação do governo na iniciativa das leis, a despeito dessa prerrogativa ser obviamente compartilhada com os membros do parlamento.

No sistema misto francês o presidente não desempenha, ao contrário do que se possa pensar, uma função meramente protocolar. A iniciativa legislativa, que diz respeito à parlamentares e ao Executivo, passa a ser cada vez mais uma atividade que é centralizada pelo governo. Analisando esse fenômeno, Burdeau (1984, p.618) coloca que em França os parlamentares exercem cada vez menos o direito de iniciativa, para se concentrarem na apresentação de emendas aos projetos encaminhados pelo governo. Fato semelhante também ocorre no sistema misto português.

Ao contrário do que se tem no parlamentarismo, no presidencialismo há uma clara separação entre os poderes Executivo e Legislativo, porém, quando se direciona a análise para Estados que adotam esse sistema constata-se que a realidade não é muito diferente. Teoricamente, cabe ao Legislativo apenas aprovar as leis que devem ser observadas pelo Executivo, responsável pelo governo. Em um presidencialismo puro, tal seria a formulação; nele, não haveria a possibilidade de o Executivo deflagrar o processo legislativo. Nos Estados Unidos, exemplo primeiro quando se fala em presidencialismo, o Executivo, formalmente, não possui a iniciativa legislativa. Conquanto esta seja a disposição da constituição estadunidense, sabe-se que na prática o governo é o responsável pela maioria dos projetos de lei que são apreciados pelo Congresso[10].

Nos sistemas presidencialistas da América Latina, ao contrário, identifica-se que a iniciativa legislativa foi prevista como uma faculdade do poder Executivo, apesar da clara inspiração que o modelo dos Estados Unidos exerceu sobre os países da região. O Brasil é um ótimo exemplo sobre este ponto. Em todas as constituições brasileiras, a começar pela Carta Imperial de 1824, o poder Executivo detinha tal prerrogativa, sendo tal disposição ratificada pelo texto constitucional vigente[11].

[10] Nesse sentido, Clève (2000, p.106) e Nelson (1985, p.34).
[11] São os casos, por exemplo, de Argentina, Chile e Uruguai.

Além da capacidade de iniciativa, o poder Executivo também participa do processo de elaboração de leis por meio dos institutos da sanção e do veto. Essas são duas importantes prerrogativas cabíveis ao chefe deste poder, visto que o destino de uma proposição legislativa pode ser definido a partir das suas atitudes. Assim, os dois institutos hoje se apresentam como condições indispensáveis para a feitura de uma lei e correspondem, de modo geral, a uma expressão da vontade do Executivo em face do ato elaborado pelo Legislativo (FERREIRA FILHO, 2012, p.236). Vale ainda dizer que a doutrina jurídica também aponta as fases de promulgação e publicação como aspectos desempenhados pelo Executivo na elaboração legislativa (BERNARDI, 2011, p.427).

Discutiu-se, desse modo, sobre a primeira forma que o poder Executivo pode participar do processo legislativo. Seja por meio da apresentação de proposições, seja sancionando ou vetando, ou apenas promulgando e ordenando a publicação das leis, hoje, indiscutivelmente, o Executivo participa de maneira intensa do processo de elaboração legislativa nos Estados[12]. Entretanto, em conformidade com o que foi colocado acima, a atuação deste poder não se limita a essas possibilidades. Denota-se que o Executivo atua fortemente no campo legislativo editando unilateralmente atos com força de lei que passam a vigorar imediatamente. Posteriormente, sabe-se que o Legislativo se manifestará sobre tais atos, porém, note-se, eles já produzem efeitos concretos após a edição, o que por si só já demonstra a força dessa prerrogativa que é concedida ao poder Executivo.

É possível dizer que contemporaneamente o Executivo legisla, sobretudo, a partir de duas possibilidades principais: por intermédio da delegação ou da expedição direta de um ato normativo com ou sem força de lei. Essas faculdades são geralmente previstas na própria Constituição. De maneira breve, cabe mencionar algumas características que informam essas prerrogativas.

A delegação, no contexto aqui discutido, pode ser entendida como uma transferência provisória que um poder do Estado faz a outro de uma função que lhe é tipicamente atribuída. Acontece quando, por exemplo, o Executivo solicita ao Legislativo a faculdade de legislar sobre temas que originariamente não estão ao seu alcance. A delegação concedida pelo parlamento deve prever, via de regra, a definição de seu objeto, bem como o estabelecimento de sua extensão e de um prazo para a sua fiel execução. Observe-se também

[12]É interessante ressaltar, contudo, que existem outros meios, formais ou informais, de participação do Poder Executivo no processo legislativo. Cite-se, por exemplo, como meio previsto em lei, o mecanismo da urgência. Por intermédio dele o chefe do Executivo pode influenciar diretamente os trabalhos do Poder Legislativo. Outra forma de interferência são os meios informais que acontecem através de acordos políticos com grupos de pressão e lobistas no Congresso.

que a delegação não pode versar sobre quaisquer assuntos, encontrando, dessa forma, limites materiais para a sua implementação, medida essa intencional para conter possíveis excessos por parte do Executivo.

Denota-se a presença da delegação nos textos constitucionais de vários países, sendo interessante citar aqui os exemplos de Portugal, Itália, Espanha, França e Brasil. Da análise restrita dessa faculdade consagrada em suas Constituições, percebe-se que elas guardam em comum os pré-requisitos listados acima, ou seja, não se permite a delegação de qualquer matéria ao Executivo, e que esta deve acontecer dentro de um prazo determinado[13]. Apreende-se que o pressuposto da delegação é tornar possível a atuação do poder Executivo para solucionar determinado assunto público de maneira mais efetiva, já que ele solicita a delegação para casos específicos, de seu prévio conhecimento.

A segunda forma pela qual o Executivo legisla adquire maior relevo na medida em ocorre diretamente, isto é, para a consecução do ato fica dispensada a participação do Legislativo ou de terceiros. Essa atividade também decorre de previsão constitucional e apresenta-se, conforme a literatura especializada, como a prerrogativa mais acentuada que é conferida ao Executivo quando se discute sobre a temática das funções atípicas dos poderes do Estado. Nesse sentido, Ferreira Filho declara que:

> O aspecto mais singular do processo de elaboração das leis no Estado contemporâneo é, sem dúvida, o surgimento de uma legislação editada pelo Executivo. O direito contemporâneo confere a esse poder uma interferência múltipla no processo legislativo, reconhecendo-lhe a liderança da legislação, a iniciativa dos projetos, o veto e até a possibilidade de fixar prazos fatais para a manifestação do Legislativo, que é, no sistema de separação de poderes ao qual aderem, ao menos verbalmente, as Constituições ocidentais vigentes, um poder independente. Isso, porém, longe está de configurar toda a interferência do Executivo na elaboração das leis. Em quase todos os Estados contemporâneos, e sem dúvida nos principais dentre os que aderem ao regime constitucional plural, o Executivo, ostensiva ou disfarçadamente, pode legislar, pode editar atos com força de lei (FERREIRA FILHO, 2012, p.181-182).

Desse modo, em Estados que consagram essa disposição em suas Constituições, fica facultado ao chefe do Executivo a edição de atos normativos com ou sem força de lei. Obviamente que os maiores impactos e repercussões encontram-se no primeiro caso. A razão para a positivação dessa prerrogativa é justificada, de maneira geral, nas necessidades que podem advir numa dada realidade que demandaria uma ação mais rápida e efetiva do poder Executivo para solucionar as dificuldades existentes. Mais uma vez, alega-se aqui, sobre a

[13] Constituição portuguesa de 1976 (art.165); Constituição italiana de 1947 (art.76); Constituição espanhola de 1978 (art.82); Constituição francesa de 1958 (art.39). Na atual Constituição brasileira a delegação legislativa está positivada no art.68.

complexidade e a habitual morosidade do processo legislativo, o que poderia agravar os problemas decorrentes de uma situação concreta.

Permite-se, assim, que o chefe do Executivo edite um ato com força de lei que passa a produzir efeitos imediatamente. Aqui, a fórmula mais usual consiste na expedição dos conhecidos "decretos-leis", que são "atos normativos editados pelo Executivo, sujeitos ou não à ratificação do parlamento, mas dotados do mesmo padrão hierárquico da lei votada pelo Legislativo" (CLÈVE, 2000, p.136). Sobre esse ponto, é relevante mais uma vez fazer referência a alguns exemplos para enriquecer a discussão.

Na Espanha, em caso de necessidade urgente e extraordinária, o governo poderá editar disposições legislativas provisórias que tomarão a forma de decretos-leis, não podendo estes dispor sobre temas como as instituições básicas do Estado, sobre os direitos, deveres e liberdades dos cidadãos, nem sobre direito eleitoral. Diz ainda a Constituição espanhola que os decretos-leis devem ser imediatamente submetidos ao Congresso dos Deputados, que deverá aprová-los ou não dentro de um prazo estabelecido[14]. Na Itália, o Governo está autorizado a adotar decretos com força de lei em casos extraordinários de necessidade e urgência devendo, contudo, apresentá-las no mesmo dia para a apreciação das Câmaras que se reunirão dentro de cinco dias, nos termos da Constituição. Diz ainda a Lei Maior daquele país que os decretos perdem o seu poder legal desde o início se não forem convertidos em lei no prazo de sessenta dias a partir da sua publicação[15].

Da leitura do texto constitucional italiano depreende-se uma forte semelhança com aquilo que está posto na atual constituição brasileira, tendo o nosso constituinte originário se inspirado na Carta italiana. A medida provisória, como se sabe, é um ato normativo primário e geral, que decorre diretamente da Constituição, podendo o chefe do Executivo adotá-lo em casos de relevância e urgência, devendo submetê-los de forma imediata para a apreciação do Congresso Nacional. Da mesma maneira que ocorre nos outros países citados, a referida medida possui um tempo determinado de vigência, e limites materiais impostos pela própria Constituição para a sua edição.

Por fim, outra prerrogativa conferida ao poder Executivo nos Estados contemporâneos diz respeito à criação de atos de natureza regulamentar. Mesmo não possuindo

[14] Art.86 da Carta Espanhola de 1978: "Em caso de necessidade urgente e extraordinária, o Governo poderá editar disposições legislativas provisórias que tomarão a forma de decretos-leis, não podendo estes dispor sobre temas como as instituições básicas do Estado, sobre os direitos, deveres e liberdades dos cidadãos, nem sobre direito eleitoral". Tradução nossa. Diz ainda a Constituição espanhola que os decretos-leis devem ser imediatamente submetidos ao Congresso dos Deputados, que deverá aprová-los ou não dentro de um prazo estabelecido.

[15] Art. 77 da Carta italiana de 1947.

força de lei, esses atos são utilizados à exaustão pelos governos de vários países, independentemente do sistema político adotado, seja o presidencialismo ou o parlamentarismo. Tomando a forma de decreto, eles têm a função de regulamentar as leis já existentes, facilitando assim a sua execução. Em outras palavras, são atos normativos expedidos pelo Executivo, onde este manifesta a sua vontade tomando providências relativas às suas funções. É importante salientar que a despeito dos limites que são impostos ao poder regulamentar, este se constitui como um instrumento necessário por meio do qual o poder Executivo contribui para a formação da ordem jurídica. Mesmo estando sob a autoridade da lei, os regulamentos apresentam-se como uma relevante fonte do direito[16].

Conclusão

As considerações delineadas neste trabalho nos ajudam a entender algumas das razões que colaboraram para a consolidação do Executivo como um ator central no processo de elaboração das leis. Durante a análise, observou-se que após a consagração da teoria da separação dos poderes, este poder estatal ficou despossuído de tal função, dada a rígida separação definida originalmente. No entanto, conforme o exposto, as transformações políticas, econômicas e sociais ocasionaram uma espécie de revisão da tão conhecida teoria, pelo que se passou a atribuir amplas prerrogativas ao Executivo. Isso modificou fortemente as relações entre os poderes Executivo e Legislativo, fato este que pode ser apreendido a partir da análise do processo legislativo nos Estado contemporâneos.

A literatura especializada tem se debruçado sobre esse fenômeno, tentando entender, a partir de diversas variáveis, quais os impactos desse protagonismo do poder Executivo sobre a qualidade da democracia. Especificamente sobre o caso brasileiro, Figueiredo e Limongi (1999, p.11) já chamam a atenção para essa realidade desde meados da década de 1990. Colocando de outra maneira, e a despeito das variações institucionais entre os países, os analistas têm procurado entender até que ponto o Executivo pode afetar, através dos seus amplos poderes institucionais, o papel dos legisladores no resultado da produção legal, os quais são eleitos, não custa lembrar, como representantes diretos do povo para o exercício da função legislativa.

[16]Discutindo sobre as características dos "decretos" do Executivo, Cretella Júnior (1991, p.2.899) coloca que estes são "a fórmula escrita mediante a qual normalmente o Poder Executivo manifesta a vontade, quer tomando providências relativas às suas atribuições, quer pondo em vigor normas que lhe compete editar".

Ao ressaltar, ainda que através de um ponto delimitado, aspectos sobre o sentido atual da separação dos poderes nos Estados contemporâneos, a presente investigação almeja lançar luz e incentivar pesquisas futurar que abordem outros objetos pertinentes a este tema. Decerto, há um fecundo campo de estudos a ser ainda mais desbravado, importando-nos conhecer, por exemplo, os impactos e as consequências de outras funções atípicas desempenhadas pelos demais poderes sobre as instituições do regime democrático.

Referências bibliográficas:

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALTHUSSER, Louis. **Política e História:** de Maquiavel a Marx. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

ARISTÓTELES. **A Política.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BARENDT, Eric. **Separation of Powers and Constitutional Government**. Public Law (Winter), p. 599-619, 1995.

BERNARDI, Jorge. **O processo legislativo brasileiro.** 2. ed. Curitiba: Ibpex, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das formas de governo.** 7. ed. Brasília: EdUnB, 1994.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2019.

BURDEAU, Georges. **Manuel de droitconstitucionnel et institutions politiques**. Imprenta: Paris, Libr. Generale de Droit Et de Jurisprudence, 1984.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As Grandes obras políticas:** de Maquiavel a nossos dias. Rio de Janeiro: Agir, 1982.

CHÂTELET, François. **História das ideias políticas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Comentários à Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Forense, 1991.

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

EISENMANN, Charles. "El Espíritu de las Leyes y la Separación de Poderes". **Anuario Jurídico UNAM**, p. 429-453. 1975.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIGUEIREDO, A.; LIMONGI, F. **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**. Rio de Janeiro: EdFGV, 1999.

GWYN, William B. The Meaning of the Separation of Powers. **An Analysis of the Doctrine from its Origin to the Adoption of the United States Constitution**. New Orleans, Tulane University, 1965.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HAMILTON, A. MADISON, J. JAY, J. **O federalista.** Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitucíon.** Barcelona: Ariel, 1986.

LOSURDO, Domenico. **Democracia ou bonapartismo:** triunfo ou decadência do sufrágio universal. Rio de Janeiro: EdUNESP, 2004.

LOWENTHAL, David. Montesquieu. *In:* STRAUSS, Leo; CROPSEY, Joseph. **História da filosofia política**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe.** São Paulo: Jardim dos Livros, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NELSON, Michael. **A presidência e o sistema político norte americano hoje**. São Paulo: Alfa-Ômega, 1985.

SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação de leis**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

VELASCO, Sebastián Soto. La vieja y lanuevaseparación de poderes enlarelación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. **Estudios constitucionales,** Santiago, v. 16, n. 2, p. 449-480, dez. 2018. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php. Acesso em: 15 maio 2020.

VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the Separation of Powers**. Indiana: Liberty Fund., 1998.

WALDRON, Jeremy. Separation of Powers in Thought and Practice. **Boston College Law Review**, v.2, n.54, p. 433-468, 2013.