

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 11/09/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35413-apontamentos-sobre-o-processo-legislativo>

Autore: Bonifácio José Suppes de Andrade

Apontamentos sobre o processo legislativo

APONTAMENTOS SOBRE O PROCESSO LEGISLATIVO

Bonifácio José Suppes de Andrade¹

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho é fruto de pesquisa desenvolvida como bolsista da FAPEMIG entre os meses de março e dezembro do ano de 2009. O objeto da análise refere-se a um fenômeno jurídico-político, de certa forma recente, que atinge indistintamente os países como demonstra a acalentada literatura a respeito.

Ao se falar em crise da lei, e por metonímia em crise do Parlamento, tem-se em mente uma ruptura com a teoria montesquiana da separação dos poderes, cunhada nos setecentos e largamente difundida nos oitocentos, com o surgimento do Estado Liberal. A separação precisa dos poderes e a preponderância do Legislativo – dado o fetichismo legal de então- foi paulatinamente sofrendo adaptações, sobremodo a partir da noção do Estado Social, e a ascensão de um Poder Executivo mais pungente. Se antes havia um monopólio da elaboração da lei pelo Legislativo, há agora uma divisão funcional do poder, que leva inexoravelmente a uma pulverização das atividades do Parlamento.

Nesse sentido, o Executivo apodera-se de mecanismos jurídicos que lhe permite legislar, tais como as medidas de urgência e as leis delegadas. Em outra frente, também o Judiciário, agora guardião da Constituição, passa a ter um relevantíssimo papel político, já que exerce o controle de constitucionalidade das leis.

A partir dessas premissas, o presente trabalho tem duas finalidades: visa num primeiro momento compreender o desenvolvimento histórico dessa transição do papel do Legislativo; e, após, analisar especificamente o caso brasileiro, correlacionando a produção legislativa aqui empreendida e a efetivação do Estado Democrático de Direito.

Nesse mister, o trabalho se estrutura em duas partes: a primeira refere-se ao estudo da noção de lei, seu conceito e o papel que exerce como fonte de direito; a

¹ Advogado formado pela Faculdade de Direito Milton Campos em 2009. Assessor da Presidência do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Email: bonisuppes@uol.com.br. Professora-orientadora Mônica Aragão Martiniano Ferreira e Costa

segunda parte remete a contextualização do fenômeno “crise da lei” e a nova dinâmica existente entre os Poderes.

2. PONDERAÇÕES SOBRE A LEI

2.1 Distinção entre Direito e lei

O Direito como fenômeno sociocultural fez-se surgir desde o princípio da organização social, basta rememorar a máxima latina *ubi societas, ibi ius; ubi ius, ibi societas*. Nesse sentido, é valiosa a lição de Miguel Reale (1957), segundo qual o Direito como objeto de cultura é tridimensional, englobando os elementos: fato, norma e valor. Para o saudoso filósofo:

“ o conceito de Direito implica, outrossim, nos elementos do Poder(donde dizemos que é uma realidade ordenada, ou por outras palavras, uma ordenação) assim como no de sociedade; é o Direito vinculação bilateral –atributiva da conduta humana para a realização ordenada dos valores de convivência. Temos, assim, de maneira geral, a sociedade como condição do Direito, a Justiça como fim último, a bilateralidade atributiva como forma ordenatória específica, e o Poder como garantia de sua atualização.”²

A lei, por outro lado, não se confunde com o Direito. Há aqueles que sugerem que a lei seria tão-somente a sua espécie escrita. Conforme salienta José Afonso da Silva(2007):

“ a lei, como direito legislado, é a concretização da conduta do Poder Legislativo [...] a conduta do legislador tem como missão revelar, em preceitos genéricos o Direito(fato, valor e norma), que, social e historicamente, a sociedade tem como tal [...] Concebido assim, o Direito legislado é a positivação das normas jurídicas difusas no meio sociocultural, acrescentando-se-lhes, com a força cultural do Poder, o plus de certeza e da obrigatoriedade.”³

² REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, vol. II. São Paulo: Saraiva, 1957

³ SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. p.19

Nesse cotejo, arremata José Afonso da Silva (2007):

“ O Direito não é apenas aquilo que o Poder aprecia como tal e assim o promulga em leis. O Direito realizar-se-ia a despeito das normas escritas, espontaneamente. A interferência do Poder estabelece, tão-somente, esquemas gerais de sua realização com certeza e unidade”⁴

Ora as leis jurídicas, como já salientado, nada mais são que um ato no plano prático feito pelo Estado legislador. A função legislativa é nas palavras de Pimenta Bueno:

“ prescrever as normas, os preceitos que devem reger os homens e as coisas, as autoridades e a sociedade em todas as suas relações; é exercer a alta faculdade de regular todas as forças sociais, seu desenvolvimento, os destinos públicos, de fazer a prosperidade ou a desgraça do país, pois que a sorte do Estado depende mais que muito de sua legislação”⁵

2.2 Conceito de lei

A partir dessas ponderações pode-se debruçar detidamente na problemática da lei. Em primeiro lugar, lei é sempre uma relação constante derivada da natureza das coisas. Assim, há as leis físicas, as sociais, as jurídicas etc.⁶

José Afonso da Silva(2007), em monografia a respeito da elaboração das leis, faz uma colação do que seria as diversas acepções do vocábulo lei. Assim, o autor lista os diversos significados que lhe empregam, variando o critério de observação. Desse modo, sociólogos, filósofos, psicólogos entre outros teriam conceituações. A multiplicidade de

⁴ SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis.** 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 21

⁵ KUGELMAS, Eduardo. **Marquês de São Vicente.** 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2002

⁶ Para Miguel Reale, a Lei, no sentido técnico desta palavra, só existe quando a norma escrita é constitutiva de direito, ou, esclarecendo melhor, quando ela introduz algo de novo com caráter obrigatório no sistema jurídico em vigor, disciplinando comportamentos individuais ou atividades públicas. Conferir: REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito.** 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995

conceitos é tão variada que mesmo as definições da ciência jurídica são dessemelhantes. Assim, cita duas escolas jurídicas distintas:

“ os seguidores da Escola Analítica [...] definem a lei como uma regra geral de ação humana externa, imposta pela autoridade política soberana; os da Escola Histórica[citando Duguit] ‘ lei e o preceito de lei são derivados da profunda crença da massa dos homens, de que uma dada norma é imperativa, de que certa tarefa deve ser cumprida. Lei, em resumo, é acima de tudo, a criação psicológica dos homens determinada pelas suas necessidades material, intelectual e moral’⁷

Valendo-se dos estudos de Emile Bouvier e Gaston Jèze, José Afonso da Silva(2007) faz os seguintes comentários à obra dos referidos autores:

“ acham que a lei deve ser definida tendo em vista sua função e seus caracteres [...] então, estabelecem inicialmente os caracteres da lei para depois formularem o que chama de verdadeira definição da lei. Está é um preceito jurídico; é dotada de generalidade, de obrigatoriedade e de permanência; e finalmente, para extremar a lei do regulamento, do ponto de vista da função, destacam o caráter de originalidade da lei. Terminam propondo a seguinte definição de lei: ‘ a lei é a regra primordial e fundamental que rege as relações sociais no interior do Estado de um modo geral e permanente(ou pérpetuo)⁸’”

Diferentemente dos dois publicistas franceses, José Afonso da Silva(2007), faz uma distinção entre lei em sentido material e lei em sentido formal. Tal classificação melhor se amoldaria em face dos atos legislativos previstos em nossa Constituição, pois que alguns deles não são emanados do órgão a que a Constituição conferiu competência específica para emitir preceitos jurídicos com força de lei. Assim, passa a identificar o que seriam os sentidos material e formal das leis:

“ no sentido material, a lei consiste num ato normativo de caráter geral, abstrato e obrigatório, tendo como finalidade o ordenamento da vida coletiva,

⁷ SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis.** 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 23 e 24

⁸ SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis.** 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 25

no sentido de trazer certeza, precisão e garantia às relações jurídicas [...] Não importando quem o produza.”⁹

E continua o eminentе constitutionalista:

“ considerando-se, pois, a lei tão-só quanto à forma em que é editada, é ato jurídico votado pelo Congresso, pelo Parlamento, abstração feita do seu conteúdo [...] Em conclusão: lei em sentido formal só existe, rigorosamente, nos regimes constitucionais da separação de funções do Estado, pois seu conceito provém do fato de ser a função legislativa atribuída a órgão distinto dos incumbidos das funções executivas e judiciárias. Dende dizer Seabra Fagundes que todo ato emanado das entidades às quais a Constituição atribua função legislativa, se praticado no uso da competência outorgada, é lei, do ponto de vista formal.”¹⁰

2.3 Análise histórica

Manoel Gonçalves Ferreira Filho(2009), em sua monografia Do processo legislativo, define que o sistema constitucional pluralista tem como alicerce a supremacia da lei. Contudo, a ambigüidade do termo lei exige que o estudioso volte-se ao estudo histórico para defini-lo. Nesse sentido, afirma o constitucionalista:

“ a supremacia da lei pode significar o primado do justo(como tal considerado, num dado momento, numa determinada comunidade), isto é, a supremacia do Direito. Também pode, simplesmente, exprimir a idéia de que os comandos, devem ser por todos observados com caráter absoluto(supremacia da lei, faute de mieux)”¹¹

Após essas considerações preliminares, Manoel Gonçalves (2009) sinaliza que a idéia de supremacia da lei está traçada desde os primórdios da civilização. Entre os gregos antigos, tal lição era difundida não apenas por filósofos, mas também nas obras

⁹ SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis.** 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 26

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis.** 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. p.

27

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo.** 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 22

dos poetas e dramaturgos. Duas delas exemplificam com clareza: Antígona do Sófocles e Suplicantes de Eurípedes.

Entre os maiores filósofos gregos o assunto também não restou despercebido. Platão, no diálogo As leis, dá à supremacia da lei a condição de elemento indispensável para o sucesso do Estado. Também Aristóteles, na sua obra Política, afirmara que “ há uma lei eterna à qual mais vale obedecer do que a quem quer que seja”¹².

Já em Roma, momento no qual a Ciência do Direito ganha notável autonomia, sentencia Manoel Gonçalves(2009):

“o que se observou entre os helenos sobre a supremacia do Direito, da lei, sobre os comandos normativos dos órgãos da República, as leis, é confirmado pelo pensamento e pelas instituições romanas que vigoraram até o século II d.C”¹³

Nessa fase, o nome que se avulta entre os pensadores do Direito é inegavelmente o de Cícero. Adepto do estoicismo, filosofia originada na Grécia, o romano não apresenta um pensamento original. Vale rememorar uma passagem do livro de sua autoria, *Das leis*:

“ se a vontade dos povos, os decretos dos chefes, as sentenças dos juízes fizessem o Direito, bastaria, para criar o direito ao banditismo, ao adultério, à falsificação de testamentos, que essas ações tivessem por si o sufrágio e a aprovação da multidão. Se as opiniões e os votos dos insensatos têm um poder tal que podem mudar a natureza das coisas, por que não decidiriam que o que é mau e pernicioso seria doravante tido por bom e salutar? Ou por que a lei, que do injusto pode fazer o Direito não converteria o bem em mal?”¹⁴

Todavia, a idéia da supremacia do Direito sobre as leis viria a ser sepultada entre os romanos com a decadência de suas instituições, assim afirma Manoel Gonçalves(2009):

¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 27

¹⁴ CÍCERO, Marco Túlio. **Tratado das leis**. 1ª edição. Caxias do Sul: Editora EDUCS, 2004. p. 58

“ O desmoronamento do Estado, como diz Mommsen, mais acentuado após a morte de Alexandre Severo, marcou a consagração da idéia de que a vontade de um homem, ainda que divinizado, podia ser superior à lei, podia ser lei independentemente de seu conteúdo”¹⁵

No curso da Idade Média, a supremacia do Direito foi fortemente defendida. A razão para tanto, supõe Manoel Gonçalves, seria a prevalência da doutrina cristã. No fato de que a crença em Deus implicava na idéia de superioridade absoluta da lei divina, essencialmente justa.

A sistematização do pensamento medieval deu-se muito pela obra de São Tomás de Aquino, que uniu o pensamento aristotélico à teoria cristã. Haveria, então, segundo postulava o Doutor Angélico na Suma Teológica, uma lei divina cognoscível pela razão que seria a lei natural, sempre superior aos comandos de qualquer autoridade. Assim conclui Manoel Gonçalves(2009): “ na verdade, estando o monarca sob o império da lei, está é o verdadeiro soberano, pois a lei é que faz o Rei.”¹⁶

Diferentemente, haveria de ocorrer a partir do século XVI, quando os monarcas absolutos ascendem aos diversos tronos e doravante a superioridade real prevalecerá sobre a lei. O grande teórico dessa passagem seria Jean Bodin. Em seus comentários a propósito deste pensador, Manoel Gonçalves(2009) explica:

“ o ponto capital é ser absoluto esse poder. O absolutismo do poder, interpretado sem o recurso à obra de Bodin, é que leva muitos a conclusões inexatas sobre o pensamento deste. Absoluto é o poder soberano, nas lições de Bodin, porque não está sujeito a comando algum. Não é o poder arbitrário e ilimitado em face da lei divina, ou da natural[...] ser absoluto o poder significa[...] estar o governante liberto da lei porque ninguém pode estar sujeito à coação de si próprio”¹⁷

Retomando as lições de Bodin, Manoel Gonçalves(2009) deixa claro que a finalidade da lei para o filósofo seria a da promoção da justiça: “ se a justiça é o fim da

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 31

¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 34

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 37 e 38.

lei, a lei obra do príncipe, o príncipe imagem de Deus, pelo mesmo raciocínio, a lei do príncipe há de ser feita segundo o modelo da lei de Deus.”¹⁸. Desse modo, nota-se que Bodin não se afasta da lição medieval de que a lei deve conformar-se com o Direito; ele, todavia, se separa do pensamento medieval quando nega ao súdito o direito de discutir os comandos dados pelos soberanos, em face de sua natureza írrita.

Thomas Hobbes é quem vai além de Bodin, sendo assim justamente conhecido como o precursor do positivismo moderno. No pensamento hobbesiano, o soberano não está sujeito à lei, são suas palavras: “pois, tendo poder para fazer e revogar leis, ele pode, quando tal lhe aprouver, libertar-se dessa sujeição, revogando aquelas leis que o perturbam, e fazendo novas; e, por consequência, ele já estava livre delas antes.” Acerca da filosofia política de Hobbes, Manoel Gonçalves(2009) faz os seguintes comentários:

“Desse modo não é inexato sustentar que, para Hobbes, o comando do soberano é a lei, independentemente de seu conteúdo, porque se tem de presumir a justiça deste, porque a razão individual não está a altura de, imparcialmente, determinar o que é justo ou não, de onde decorreria, se os súditos se deixassem a apreciação do núcleo da lei, o restabelecimento da guerra de todos contra todos”¹⁹

Afora Bodin e Hobbes, a grande maioria dos teóricos do séculos XVI e XVII, sustentavam a supremacia do Direito sobre a lei. Dentre eles, notabilizou-se John Locke cuja formulação repercutiu enormemente na história das idéias políticas.

Para o pensador liberal inglês, a lei se definiria pela sua forma e pelo conteúdo simultaneamente. Assim, pela forma, deveria ser aprovada pelo Legislativo, vez que imprescindível o consenso da sociedade. Quanto ao conteúdo, o legislador estaria sujeito ao direito natural e à razão. Para Manoel Gonçalves, aí reside uma fundamental diferença entre Locke e Hobbes; pois este identifica na lei a vontade do soberano, enquanto aquele a associa ao primado da justiça²⁰. E, mais adiante, esclarece o constitucionalista: “Locke adere à supremacia do Direito, fundando-a, o que é importante e significativo, na própria

¹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 38

¹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 41

²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 41

soberania popular [...] e a supremacia do Direito não está à mercê dos governantes. Ela é sancionada pelo direito de insurreição.”²¹

Seguindo a sua análise da história das idéias políticas, Manoel Gonçalves rememora a obra capital de Montesquieu, *O espírito das leis*. No que tange a concepção mostesquiana sobre as leis, há de se destacar que os homens são regidos por dois tipos de leis.

Umas pré-existentes, chamadas de leis naturais, isto é, leis que os governariam caso não houvesse sociedade estabelecida. Essas leis naturais seriam quatro: a paz, a conservação própria, a reprodução e o desejo de viver em sociedade.

A segunda sorte de leis que se submetem os homens são as leis positivas, as quais são criadas consciente ou inconscientemente. O estabelecimento de tais leis positivas é um dos misteres de cada Estado, sendo os outros a execução das leis e a resolução de litígios entre os particulares. Na formulação de Montesquieu seria obrigatória a separação destas funções de modo a resguardar a segurança e a liberdade individuais.

Cabe ressalvar ainda que os representantes do povo estão adstritos a criação de leis cujo conteúdo seja a justiça. Assim, o legislador não seria efetivamente o criador da lei; mas, sim um descobridor da lei.²²

Por fim, vale mencionar ainda Rousseau. A lei ocupa papel singular na teoria do filósofo genebrino. Afirmara ele que: “O grande problema político que eu comparo ao da quadratura do círculo em geometria é achar uma forma e governo que ponha a lei acima dos homens”²³

Para Rousseau, para haver a lei, duas condições deveriam caminhar unidas. A primeira delas é uma condição de forma, conforme leciona Manoel Gonçalves(2009):

“ [tal condição] é a supressão de todas as influências que, pesando sobre os indivíduos, os desviam da cogitação do interesse comum e os impedem de ouvir a razão exclusivamente. De fato, sem isso, da reunião das vontades particulares resultará a vontade de todos e não a vontade geral”.²⁴

²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 43

²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 46

²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 48

²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 49

Adiante, esclarece a outra condição, qual seja, a de fundo:

“ na impessoalidade, na inflexibilidade, na generalidade da lei, vê ele [Rousseau] o único remédio capaz de ‘obviar a maior parte dos males inerentes aos homens pelo fato de dependerem de outros homens’”²⁵

Ao enxergar a lei como a vontade geral, Rousseau deixa claro que a finalidade da lei é a justiça, pois presume o filósofo que o povo sempre se inclina para o bem comum..

2.4 A lei como fonte do direito

Fonte do direito na lição de André Franco Montoro(2005) “é uma expressão figurada ou se quisermos, um caso de analogia metafórica”. Para o mestre paulista, há uma divisão entre fontes formais, isto é, os fatos que dão a uma regra o caráter de direito positivo e obrigatório, das fontes materiais, representadas pelos elementos que concorrem para a formação do conteúdo ou matéria da norma jurídica.”²⁶

Nesse sentido, poder-se-ia, consoante a lição de Franco Montoro(2005), adotar como classificação das fontes formais do direito: a) legislação; b) o costume; c) a jurisprudência; d) a doutrina. Como fontes materiais: a) a realidade social, isto é, o conjunto de fatos sociais que contribuem para a formação do conteúdo do direito; b) os valores que o direito procura realizar, fundamentalmente sintetizados no conceito amplo de justiça.^{27 28}

²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo.** 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 49

²⁶ MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito.** 26º edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.p.379

²⁷ MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito.** 26º edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.p.379

²⁸ Para Miguel Reale: O autor expõe em seu livro clássico, Lições preliminares de direito, que a separação em fontes formais e materiais é inapropriada. Para ele: “se costuma indicar com a expressão ‘fonte material’ não é outra coisa senão o estudo filosófico ou sociológico dos motivos éticos ou dos fatos econômicos que condicionam o aparecimento e as transformações das regras de direito [...] situando-se, por conseguinte, fora do campo da Ciência do Direito [...] por fonte do direito designamos os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa [...] que são o processo legislativo, os usos e costumes jurídicos, a atividade jurisdicional e o ato negocial”. Conferir: : REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito.** 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 140

Por sua vez, em sua obra clássica, Caio Mário(2005) lista como fontes do direito: a) a lei; b) o costume; c) a analogia; d) os princípios gerais de direito, doutrina, eqüidade e o direito comparado²⁹

Não obstante a diversidade de classificações é a lei a principal fonte de direito.

Raul Machado Horta(2003), em seu Direito Constitucional, faz uma substancial análise entre os sistemas jurídicos contemporâneos e nas diferentes famílias jurídicas, com o objetivo de se avaliar se a produção da lei é monopólio do Poder Legislativo³⁰.

No sistema jurídico anglo-saxão, sustenta-se a autoridade legislativa do Parlamento, apesar da extensão do direito jurisprudencial e das convenções constitucionais. Se diz na Inglaterra que “é princípio fundamental, para os jurisconsultos ingleses, que o Parlamento pode fazer tudo, exceto tornar uma mulher em homem e um homem em mulher”. Já nos Estados Unidos, o artigo 1º da Constituição Federal confere ao Congresso o exercício de todos os poderes legislativos.

No sistema jurídico europeu-continental, o direito francês erigiu em regra fundamental do ordenamento a afirmação da lei como expressão da vontade geral. Na expressão de Raul Machado Horta(2003): “sendo a lei expressão da vontade geral e o Parlamento a fonte formal de revelação dessa vontade incontrastável, o regime parlamentar francês consolidou a soberania do Parlamento na soberania da Lei”³¹.

O sistema soviético, por sua vez, ingressou logo após cessadas as fases de transformações revolucionárias a prática do princípio da legalidade, adjetivada pelos revolucionários de socialista. Explica o constitucionalista mineiro:

“no sistema soviético, o princípio da legalidade não convive com a separação de poderes e desenvolveu princípio próprio, o da unidade do poder. A inexistência da separação de poderes e a adoção de estrutura vertical do poder, desfaz a exclusividade da fonte formal do ato legislativo, que poderá emanar de qualquer dos órgãos situados na culminância do Poder do Estado”.³²

²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol.I. 21ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.73

³⁰ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 559

³¹ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 559

³² HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 560

O sistema chinês, demonstra Raul Machado Horta, não se vale da prática da separação de poderes. Assim, “ no seu lugar, instituiu a harmonização dos poderes. A Assembléia Popular Nacional, como o Soviet Supremo da União Soviética, é, ao mesmo tempo, órgão legislativo e órgão executivo e detém o poder do Estado”³³. E conclui, após leitura das regras constitucionais que “ é razoável a inclusão do sistema chinês no grupo dos sistemas jurídicos que conferem ao Poder Legislativo o monopólio da lei”³⁴.

A propósito do sistema jurídico muçulmano é uma extensão do sentimento religioso que unifica todo aquele Estado. Valendo-se de pesquisa a respeito, salienta Raul Machado Horta(2003) que numa sociedade teocrática, como no mundo árabe-muçulmano, a função do povo é distinta daquela que ele desempenha numa sociedade democrática. Isto porque não tem a finalidade de exprimir seus desejos ou opiniões, mas simplesmente traduzir a vontade divina. As assembléias não são preenchidas em função da vontade popular, mas, sim, do conhecimento religioso e da aproximação da vontade divina. Também esses órgãos não exercem função legislativa, apenas consultas.³⁵

Quanto ao sistema jurídico africano, nota-se uma certa fertilidade de modelos a partir da descolonização. Houve, contudo, uma forte influência francesa e inglesa, de modo que pode-se agrupá-los em francófilos e anglófilos. Assinalou-se entre eles a nota comum de que a lei é ato do Poder Legislativo, conforme enunciam suas respectivas Constituições. Nota-se, também, que a instabilidade política destes Estados, vez ou outra substitui a prerrogativa do órgão parlamentar pela a vontade do ditador de ocasião³⁶.

No sistema jurídico indiano, a elaboração da lei também é prerrogativa do Legislativo.

Em conclusão, Raul Machado Horta faz as seguintes considerações:

“ a análise dos sistemas jurídicos demonstra que a lei é, de modo geral, considerada como ato cuja elaboração constitui monopólio do Poder Legislativo, salvo no sistema jurídico muçulmano[...] e no sistema jurídico africano[...] O poder Legislativo é a sede da lei formal e da lei material. No primeiro caso, para identificar a fonte da Lei no Parlamento e no segundo para

³³ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 560

³⁴ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 560

³⁵ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 561

³⁶ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 562

indicar o conteúdo da lei, como fazem os ordenamentos constitucionais, a exemplo do brasileiro, que discriminam na Constituição a matéria, vale dizer, o conteúdo da lei.”³⁷

3. CRISE DA LEI

O fenômeno jurídico-político denominado como “crise da lei” tem sua origem, segundo se extrai da doutrina, na transição entre o Estado liberal e o Estado Social. Contudo, antes de se perquirir acerca desse período, é curial tratar de um estágio anterior ao Estado liberal, qual seja, o período absolutista.

3.1 O sistema absolutista

O conceito de soberania formulado na época absolutista fundamentava a produção do direito pelo princípio, legitimado que era pelo desígnio de Deus. Acerca do direito deste período, Clémerson Clève(2000) tece os seguintes comentários:

“ de qualquer modo, se o príncipe podia produzir direito novo, e o produzia, teoricamente encontrava-se submetido ao direito natural de origem divina, ao qual não lhe era dado contrariar. Estava, ainda submetido às Leis Fundamentais do Reino, que, em certa medida, restringiam a discricionariedade normativa do monarca. Mas aqui, nesse tipo de Estado, já se percebe, nitidamente, um esforço desenvolvido pelo príncipe para monopolizar a produção do direito, restringindo as demais fontes, especialmente o costume, que, na Idade Média, quando devidamente provado, constituía importante meio de expressão do direito”.³⁸

O sistema jurídico desse período era bastante conturbado. Havia uma infinidade de fontes, de modo que não se pode falar em um modelo unificado. Ademais, cada

³⁷ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 562 e 563

³⁸ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2ª edição. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 45

estamento possuía o seu próprio código de normas, estabelecendo-se aí uma poderosa rede de privilégios.

Desse modo, a ruptura com tal modelo político era inevitável, haja vista a ascensão econômica dos burgueses. Acrescente-se, a forte influência do movimento iluminista, e o anseio de se racionalizar o sistema jurídico de então. Os flagrantes abusos por parte do Estado contra os cidadãos, colocavam as liberdades individuais em total desprestígio.

3.2 O Estado Liberal

Os séculos XVIII e XIX simbolizaram a débâcle do ancien régime. Tal e qual os decapitados da place Concordie, a doutrina absolutista do poder real chegava ao seu derradeiro fim. Os seus fundamentos teóricos passaram a ser contestados pelo pensamento liberal, que propugnava, sobretudo, a limitação do poder estatal. Para tal mister, tornava-se necessária a edição de uma Constituição, documento jurídico que definia as fronteiras da ação do Estado e franqueava aos indivíduos uma série de garantias políticas³⁹. Na luta pela liberdade política, a Constituição era a tentativa de institucionalizar os princípios revolucionários.

O constitucionalismo, neste período, portanto, coincidia com o próprio movimento liberal. Era, senão, a sua extensão jurídica⁴⁰. Para José Alfredo Oliveira Baracho(1986), em sua Teoria geral do constitucionalismo:

o processo do constitucionalismo pode ser visto por seus antecedentes mediatos e imediatos [...] o período que melhor irá contribuir para a sua elaboração doutrinária e institucional pode ser assim definido: ‘ las revoluciones inglesa, norteamericana y francesa y El profundo y vasto movimiento ideológico que las inspira, dentro Del cual influyen decisivamente

³⁹ O verbete constitucionalismo do Dicionário de política define que os dois pilares do constitucionalismo, sobremodo aquele ligado ao pensamento francês, seriam a separação dos poderes – inserida como regra matricial de uma Constituição nos termos da *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, de 1789, de influência montesquiana- e a teoria das garantias, cujo principal teórico é Benjamin Constant. Assim, “... deste modo, o problema da organização do Estado se subordina à necessidade de garantir a todos os indivíduos a liberdade do poder político [...] uma esfera de autonomia do indivíduo que o Estado não poderá legalmente violar”. BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** 12ª edição. Brasília: Editora UNB, 2004. p.251 e 252.

⁴⁰ MELLO FRANCO, Afonso Arinos. **Estudos de direito constitucional.** 1ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. p. 223 e 224

las concepciones jusnaturalista y contractualista, son los generadores *inmediatos del constitucionalismo moderno*'.⁴¹

Desse modo, a noção difundida do que seria uma Constituição, englobaria os seguintes requisitos, consoante lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho(2009):

- 1) um corpo sistemático de normas; 2) que formam a cúpula da ordem estabelecida- lei suprema; 3) contido(preferencialmente) num documento escrito e solene; 4) versando sobre a organização política basilar de um Estado; 5) estabelecida pelo povo, por representantes extraordinários; 6) cuja finalidade é a limitação do Poder em vista da preservação dos direitos fundamentais do homem.⁴²

Essa visão propagada de Constituição era o antídoto daquilo que vigorara durante o período do absolutismo. Punha-se em relevo,

primeiramente a estrutura do Estado, definindo-lhe a forma e os poderes, indicando os órgãos destes poderes e definindo o funcionamento destes órgãos bem como as suas recíprocas relações. Em segundo lugar, [...] preocupava-se com o homem, com a sua defesa contra a ação invasora do Estado.⁴³

Conforme afirma Georges Ripert(1949):

“ la Revolution Française réalise, suivant le mot de Michelet, l’avenement de la loi[...] . La loi sera désormais l’expression de la volonté générale et cette volonté ne saurait être arbitraire ou injuste, car elle est dictée par la raison”⁴⁴

Estas aspirações contrastavam com a concentração de poderes nas mãos do monarca e também com a pequenez do indivíduo à época do Estado Absolutista.

⁴¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do constitucionalismo.** 1ª edição. Brasília: Senado Federal, 1986. p. 12. Jorge Miranda salienta que “o constitucionalismo [desta fase] traduz exactamente certa idéia de Direito, a idéia de Direito Liberal. A Constituição em sentido material não desponha como pura regulamentação jurídica do Estado; é a regulamentação do Estado conforme os princípios proclamados nos grandes textos revolucionários.” MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.325.

⁴² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais de direito constitucional.** 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p.

⁴³ MELLO FRANCO, Afonso Arinos. **Direito Constitucional.** 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 33.

⁴⁴ RIPERT, Georges. **Le declin du droit.** Paris: LGDJ, 1949, p.1

O êxito da revolução liberal pôs em voga o constitucionalismo. Assim, o século XIX é farto em exemplos de Constituições. No caso brasileiro, indubitavelmente, pode-se afirmar que a Constituição política do Império é também tributária dessa corrente liberal.

Com a chegada do Estado liberal, redefine-se o conceito de soberania. Nesses termos, Clémerson Clève (2000) destaca o papel preponderante que o Poder Legislativo desempenhou:

“ A mesma noção de soberania, fundamento do poder absoluto do princípio, devidamente transferida para o povo ou para a nação, após as revoluções burguesas, especialmente a francesa de 1789, vai justificar não apenas o monopólio do Estado no tocante à produção normativa, como também o monopólio normativo de um dos poderes do Estado: o Legislativo”⁴⁵ p .46

Adiante, esclarece o doutrinador as consequências surgidas pelo fetichismo legal que imperou durante o Estado Liberal:

“ O culto da lei como forma e conteúdo foi, lentamente, sendo substituído pelo simples culto da lei como forma. Todo o direito é produzido pelo Estado. O estatismo é a primeira consequência. Depois, não há mais falar em direito natural. A constituição e a lei(portanto, o direito estatal) positivaram o direito natural. Por fim, a identificação do direito com a lei desencadeou uma concepção formalista da experiência jurídica, assim denominada positivismo.”⁴⁶

A emergência do Estado Social se opera pelo contínuo desenvolvimento econômico e pelo processo crescente de democratização que o Estado liberal propicia. O novo ciclo industrial faz surgir um grupo bastante grande, os trabalhadores. Por outro lado, a universalização do sufrágio, faz com quem o Parlamento ganhe novos integrantes, e assim, novas idéias passam a circular os debates políticos. Assim, afirma Clémerson

⁴⁵ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 2^a edição. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 46

⁴⁶ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 2^a edição. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 48 e 49

Clève(2000): “ o processo de democratização crescente da sociedade muda o parlamento e o seu produto: a lei”.⁴⁷

3.3 A emergência do Estado Social

O surgimento do Estado Social decorre de uma reivindicação de que o Estado se obrigasse a oferecer e a realizar uma série de atribuições e serviços em busca de uma suposta igualdade entre os indivíduos. A doutrina liberal teorizou um Estado que garantisse o princípio da legalidade e o pleno exercício dos chamados direitos políticos e civis.

O modelo de Estado social, por sua vez, exigia um Estado mais prestativo, alargando suas atribuições. Clamava-se, então, pelos chamados direitos de segunda geração, que consistem na proteção a saúde, educação, ao trabalho etc.

Nesse sentido, Clémerson Clève(2000) faz as seguintes ponderações:

“ O estado mínimo, com reduzidas competências, vai assumindo mais e mais funções. O Estado-árbitro cede espaço para o Estado de prestações. A própria idéia dos direitos fundamentais sofreu sensível deslocamento: em face do poder público, os cidadãos não dispõem, agora, apenas de direitos que possuam como contrapartida um dever de abstenção(prestações negativas); eles adquiriram direitos que, para sua satisfação, exigem do Estado um dever de agir.”⁴⁸

A emergência de novo modelo pode ser atribuída sinteticamente as seguintes causas, consoante dispôs Clémerson Clève: a) a segunda onda da revolução industrial modificou amplamente o processo produtivo e trouxe um novo grupo social, o dos trabalhadores assalariados. Assim segundo Eros Grau dada “a inviabilidade do capitalismo liberal, [o Estado] assume o papel de agente regulador da economia”⁴⁹; b) limitação da liberdade contratual, notavelmente com o surgimento da legislação

⁴⁷ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 2ª edição. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 49

⁴⁸ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 2ª edição. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 37

⁴⁹ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 2ª edição. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 38

trabalhista; c) influência da doutrina marxista e da doutrina cristã, que por meio de Encíclicas criticava a não asseguração por parte do Estado liberal de condições dignas de vida; d) a conquista do sufrágio universal.

Diante desse novo quadro, Clémerson Clève(2000) analisa as consequências das mudanças, afirmando desde já que o “Estado Social é igualmente um Estado administrativo” e

“ com o Estado Social foram alargadas as funções exercidas pelo poder público. O Executivo assume boa parte das novas atividades recentemente conquistadas pelo Estado[...]Nesse tipo de Estado, duas variáveis simultâneas manifestam-se. Em primeiro lugar, a função legislativa atua como jamais atuou. O número de leis aumenta consideravelmente. Por outro lado, o Estado age cada vez mais por meio de outros instrumentos jurídicos que não a lei.”⁵⁰

O mesmo autor, ainda recorre à doutrina de Paulo Salvador Frontini, que leciona: “ reconhece-se, hoje, como fato incontrovertido que o Poder Executivo cresceu em vários sentidos, e, com isso, assumiu uma força política e jurídica preponderante em relação aos outros poderes”⁵¹

3.4 A crise da lei, a inflação legislativa e o mito da separação dos poderes

3.4.1 Considerações preliminares

O século XX trouxe uma série de mudanças sócio-econômicas numa velocidade jamais vista pela humanidade. As revoluções industriais e tecnológicas, ambas de larga escala, modificaram intensamente o cotidiano das pessoas, em todos os cantos do mundo. Todo esse processo de avanço da civilização trouxe inexoravelmente uma alteração de paradigma no âmbito político e consequentemente do papel desempenhado pelo Estado.

⁵⁰ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 2^a edição. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 51

⁵¹ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 2^a edição. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 2000. p.51

O Direito também modificou-se substancialmente. O valor da democracia tornou-se um princípio indissociável dos povos, desde o término da 2ª Grande Guerra Mundial e se robusteceu ainda mais após o colapso do regime soviético. A inserção desse valor democrático modificou os mais diversos Estados e suas Constituições.

A evolução do Estado acompanhou essas novidades. Como já fora salientado, desde o Estado Social exigia-se que esse Estado fosse o responsável pelo bem-estar social dos indivíduos. Para atender a esse mister, o Estado avolumou-se, numérica e qualitativamente. Sua burocracia passou a exercer papel influente na formulação das políticas públicas. Novos instrumentos foram imaginados e criados para que a intervenção estatal fosse executada com mais celeridade e prontidão.

É a partir dessa “mutação” que o rompimento com a doutrina da separação dos poderes se torna mais nítido. Antes é necessária uma ressalva: não se pretende dizer que tal rompimento seja contrário à racionalização do aparato estatal e nem à técnica de organização dos poderes. O que se verá adiante é, antes, uma remodelagem dessa doutrina, com a pulverização da atividade legislativa-dantes monopólio do Parlamento- e seu descolamento para outros setores do Estado. Como bem define Clémerson Clève(2000):

“ o nascimento dessa técnica de contenção do poder foi determinado pelo tempo e pelas circunstâncias como pretexto contra o absolutismo dos séculos XVII e XVIII. Por isso que o ‘liberalismo constitucional identificou a liberdade individual com a separação dos poderes’. Mas, se foi importante no momento em que passou a ser aplicada, hoje perde todo o sentido, estranhando o jurista o fato de as Constituições européias promulgadas após a Segunda Guerra Mundial continuarem fiéis ao velho e ultrapassado princípio. Esse apego ao dogma talvez se deva ao fato de a teoria não ter ainda elaborado uma nova conformação do poder.”⁵²

3.4.2 Razões para a desmistificação da doutrina da separação de poderes

3.4.2.1 A emergência da sociedade técnica: a figura do tecnocrata

⁵² CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 2ª edição. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 33

A esse respeito vale mencionar algumas modificações que ocorreram no corpo estatal e explicam a sua nova formatação.

A primeira delas é a emergência da sociedade técnica. A complexidade da dinâmica social exigiu que o Estado também criasse internamente grupos especializados nos mais diversos saberes, de modo a atender satisfatoriamente as demandas propostas. Surge então nesse período de meados do século XX uma figura que será onipresente: o tecnoburocrata. Valendo-se de argumentos eminentemente científicos, a tecnocracia vai paulatinamente substituindo o discurso político. Nesse compasso, o Poder Legislativo perde espaço, como bem identifica Clémerson Clève(2000):

“ primeiro, porque o Estado Social e a sociedade técnica exigem do Legislativo um preparo técnico que não pode ser encontrado num órgão cuja composição não seja de especialistas, e sim de mandatários eleitos. Depois, porque o processo legislativo nem sempre pode ser célere.”⁵³ P.53

Nesse diapasão, o papel do Legislativo foi reiteradamente criticado, pois não atenderia a contento os anseios e a velocidade da dita sociedade técnica. Alguns chegaram a propor um papel mais fiscalizador e menos legislador ao Parlamento. A esse respeito, Carlos Roberto Siqueira Castro(1986) responde:

“ onde o parlamento não legisla ou não participa decisivamente da legiferação, também não controla nem fiscaliza os atos de governo, considerando-se que a atividade de controle e fiscalização é apanágio ou poder implícito à competência de legislar.”⁵⁴

Sobre esse assunto, que opõe a tecnocracia à política institucional, Antônio Carlos Andrada(2009) faz as seguintes considerações:

⁵³ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 2^a edição. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 53

⁵⁴ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **O congresso e as delegações legislativas.** Rio de Janeiro: Forense, 1986. p.31

“ tecnoburocracia baseia-se na idéia de que quanto mais submetida à ciência e à tecnologia, menos discussão seria necessária para determinada decisão no âmbito estatal[...] Assim, a democracia política tradicional, cujo formato não mais atende à complexa contemporaneidade, faz aumentar o fosso entre o cidadão e a política institucional clássica da modernidade que se esvai- de representação e de partidos-, configurada no Parlamento e no próprio Estado como instituição política[...] Há, certamente, aspectos positivos na atuação técnico-científica, da garantia de fazer as coisas da forma mais adequada possível. Mas há também uma dimensão sombria, na qual, por trás de tecnicismos, academicismos e científicisms, esconde-se a incapacidade de dialogar. A classe política institucionalizada, forjada no diálogo, deveria coordenar os debates e oferecer os ambientes propícios ao mesmo; mas seu crescente despreparo e a perda de legitimidade diante da sociedade a desqualificam para a tarefa.”⁵⁵

3.4.2.2 O fortalecimento do Poder Executivo e a quebra da exclusividade da produção da lei

Em contrapartida a esse processo de “enfraquecimento” do Poder Legislativo, uma outra mudança substancial é a proeminência do Executivo. Um dado sintomático é o deslocamento da atividade legislativa. O caminhar do século XX, denunciou a inaptidão do Poder Legislativo em legislar rapidamente ou para atender situações emergenciais. Assim, leciona Raul Machado Horta(2003):

“ o deslocamento parcial da atividade legislativa do Parlamento para outros centros de legislação não constitui procedimento raro e restrito a este ou aquele Estado. É fenômeno generalizado, que se disseminou nos sistemas jurídicos contemporâneos e ingressou nas democracias clássicas e nas democracias modernas, nos regimes republicanos e nos regimes monárquicos, nas Constituições presidencialistas e nas Constituições parlamentaristas. Após o choque inicial, que feriu os preceitos da doutrina constitucional fundada na separação de poderes e na distribuição orgânica de competências, acenando com a ameaça de ditadura, o procedimento e as técnicas que preconizaram a adoção de novas formas de atividade legislativa, além da lei formal e da lei

⁵⁵ ANDRADA, Antônio Carlos Doorgal de. **Política, ainda é possível?**. 1ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009. p.104,105 e 106

material, encontraram consagração nos textos constitucionais do governo representativo.”⁵⁶

O deslocamento da atividade legislativa para o Executivo foi muito bem tratada por Raul Machado Horta(2003), em seu célebre Direito Constitucional. O notável constitucionalista mineiro, numa verdadeira incursão sobre o direito constitucional comparado, traz à baila como esse processo se desencadeou aqui e alhures.

Primeiramente, demonstra as raízes históricas da medida provisória prevista na Constituição brasileira. Assim ele leciona:

“O decreto-lei é forma remota de deslocamento da atividade legislativa do Parlamento para o Poder Executivo, representando, ao lado dos provvedimenti provvisori e das medidas provisórias, instituídas, contemporaneamente, na Constituição da Itália de 1947 e na Constituição do Brasil de 1988, as espécies mais radicais de legislação direta e autônoma do Executivo[...] A necessidade e a urgência impuseram o apelo ao Decreto-lei, para acudir a população desabrigada, restabelecer serviços públicos e assegurar a ordem pública. Em função de ocorrências de tal gravidade, desenvolveu-se na Itália o conceito de necessità e urgenza, para justificar a adoção de poderes legislativos extraordinários do Governo. A necessità converteu-se em fonte sobre a produção de normas.”⁵⁷

Adiante, Horta exemplifica como tal instituto jurídico se espalhou por grandes parte dos ordenamento jurídicos.

Na França, a legislação governamental via Decreto-lei foi adotada já no período da guerra de 1914-1918, quando o Governo obteve autorização para expedir decretos com força de lei, em matéria de abastecimento, condicionadas a ulterior ratificação pelas Câmaras. Nesse mesmo país, a legislação por Decretos-lei adquiriu habitualidade a partir de 1934.

Na Alemanha, a Constituição de Weimar de 1919 atribuía competência ao Presidente da República para adotar medidas assemelhadas ao Decreto-lei, com o objetivo de restabelecer a ordem e segurança públicas.

⁵⁶ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 563

⁵⁷ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 564

Em Portugal, a Constituição de 1976, com as revisões de 1982 e 1989, possibilitou ao governo a utilização de Decreto-lei e de outros mecanismos de legislação.

A Constituição espanhola de 1978, inspirada no modelo italiano, previu a expedição de medidas provisórias, em caso de extraordinária e urgência necessidade, submetendo-se ao ulterior debate no Parlamento.

Outro instituto largamente difundido é a legislação delegada. Conforme dispõe Raul Machado Horta(2003):

“ a delegação legislativa, outra forma que operou o deslocamento parcial da atividade legislativa do Parlamento para a área do Poder Executivo ou do Governo, floresceu, originariamente, nos regimes parlamentares, permanecendo o regime presidencial, durante largo tempo hostil a essa modalidade de legislação governamental, como evidenciam a Constituição Norte-americana de 1787 e o constitucionalismo brasileiro que precedeu à breve experiência do regime parlamentar, no período de 1961-1963, e à Constituição congressual de 1967.”⁵⁸

Modernamente, a técnica da legislação delegada, tornou-se bastante comum. É utilizada tantos nos regimes políticos anglo-saxão, como nos da Europa continental, destacando-se aí, Itália, Alemanha, França, Portugal e Espanha. Quanto ao regime constitucional brasileiro, Raul Machado Horta(2003) diz:

“ A Constituição da República de 5 de outubro de 1988 manteve a delegação no processo legislativo(arts.59, IV e 68), perfilhando a concepção de legislação controlada, que consagra matérias indelegáveis (art.68 §1º, I,II e III), cujo campo se dilatou pela inclusão nesse domínio da matéria reservada à lei complementar e da legislação complementar e da legislação sobre planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos”⁵⁹.

3.4.2.3 A crise da lei e a inflação legislativa

⁵⁸ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 566

⁵⁹ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 569

Todo esse processo assinalado de aumento da complexidade das relações e redefinição do modelo estatal, fez desenrolar um fenômeno cunhado de inflação legislativa. O deslocamento da competência de editar medidas com força de lei por diferentes centros de poder do Estado, fez crescer a atividade legislativa do Estado.

Manoel Gonçalves afirmou o seguinte sobre o assunto:

“ crise da lei? Crise legislativa? A referência a essas crises poderá talvez intrigar o leigo, ou o observador desatento e superficial. Como falar em crise da lei, em crise legislativa, quando são tantas as leis, quando a cada instante novas leis se promulgam em toda parte? A multiplicação das leis é fenômeno universal e inegável. Com segurança pode-se dizer que nunca se fizeram tantas leis em tão pouco tempo. No Brasil, por exemplo, durante todo o Império, foram promulgadas cerca de 3.400 leis. Durante a Primeira República, de 1891 a 1930, cerca de 2.500 leis. E de 18 de setembro de 1946 a 9 de abril de 1964, nada menos que 4.300. E de 1964 até hoje mais de 7.000 leis. Quanto a decretos-lei, foram editados de 1964 a 1988 cerca de 2.400. Já medidas provisórias, entre 1988 e a vigência da Emenda constitucional n. 32/2001, foram promulgadas 619, com mais de 5.000 reedições. Depois da referida Emenda, cerca de 300.”⁶⁰

O autor Clémerson Clève(2000) faz o seguinte comentário a respeito desse furor legiferante que se tornou onipresente:

“ a multiplicidade da atividade legislativa do Estado foi severamente criticada. Primeiro, porque o processo de interpenetração entre o direito e a economia, o jurídico e o social, conduziu à jurisdicização de tudo, com os mais graves inconvenientes. Em segundo lugar, porque tal processo banalizou o direito, retirando dele o seu caráter sagrado. Depois, porque a inflação legislativa corrompeu um princípio caro ao universo jurídico: a presunção de que todos conhecem a lei.”⁶¹

Um dos mais severos críticos dessa situação é o jurista francês Georges Ripert. Segundo lei, o desenrolar desse multiplicação de leis conduziria ao “declínio do direito”-

⁶⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 12

⁶¹ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2ª edição. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 55 e 56

a sua obra a respeito do assunto se chama *Le declin du droit*. Em síntese, para Ripert, o Estado contemporâneo alargou demasiadamente o campo do direito público, tratando de questões que ordinariamente deveriam permanecer sem regulamentação. Crítica, ainda, a interpenetração entre direito e técnica, o que afasta o jurista da elaboração da lei e torna os tecnocratas os mais aptos a criá-la. Nesses termos, Ripert vislumbra três consequências: i) o nascimento de um espírito de desobediência. A lei passa a não dizer nada ao senso comum, dada a sua quase sempre inutilidade; ii) descontinuidade do direito; iii) insegurança jurídica: a nova causa da insegurança é justamente desconhecer qual é a lei aplicável.⁶²

Em recente artigo publicado no jornal Folha de S. Paulo, o economista César Maia, faz críticas aproximadas a do jurista Ripert, segundo ele:

“uma regra que cabe bem na cultura política brasileira: governar é fazer leis. O furor legiferante produz quatro efeitos: a sensação de solução dos problemas; as relações de clientela com parlamentares; parques de diversões para os escritórios de advocacia; riscos de uso de resíduos legais, em outro tempo”⁶³

Muitos doutrinadores têm associado esse furor legiferante ao termo econômico inflação. Clémerson Clève(2000) explica:

“ O Estado tem legislado demais. Não causa espanto, portanto, a associação entre a multiplicação legislativa e a inflação monetária. Embora em campos distintos, os fenômenos são análogos. Boa parte da ação normativa do Estado é inútil, ou pelo menos dispensável.”⁶⁴

A associação entre esses dois fenômenos também é feita pelo jurista italiano Rodolfo Pagano(2004), que se vale da expressão *inflazione ed inquinamento legislativo*⁶⁵, ou seja, inflação e envenenamento da legislação. O autor italiano identifica três causas para a expansão legislativa: i) a intensificação das relações internacionais; ii) a aceleração

⁶² CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 2ª edição. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 56

⁶³ <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0509200906.htm>

⁶⁴ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 2ª edição. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 57

⁶⁵ PAGANO, Rodolfo. **Introduzione alla legistica: l'arte di preparare le leggi.** Milão: Dott A. giuffrè, 2004. p. 20 a 27.

do desenvolvimento científico e tecnológico, que determina novas situações e comportamentos sociais que, por sua vez, impõem o aprimoramento, a expansão e a atualização da legislação que as regulamenta; iii) a atribuição de esferas autônomas de regulamentação, o que determina o surgimento de múltiplas fontes materiais ou centros de produção do direito.

Ainda segundo Pagano, a inflação legislativa acarreta duas situações: i) a invasão de regras em setores de atividades, sobretudo as econômicas, que poderiam ser regulamentadas, quase sempre com maior eficiência, pela autonomia privada; ii) excesso de minúcias na legislação, que poderiam ser tratadas por órgãos do Executivo aliviando os Parlamentos.

4 UMA NOVA MOLDAGEM PARA A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A atualidade do princípio da separação de poderes persiste como forma de técnica de organização e racionalização das funções do Estado, contudo, repisando , exige uma nova formatação, de modo que Executivo, Legislativo e Judiciário exerçam com eficiência as suas atribuições constitucionais

Diferentemente de outros autores mais apocalípticos, Clémerson Clève(2000) sustenta que o fenômeno da “crise da lei” deve ser encarado como uma adaptação do Estado e do Direito aos novos tempos, e não como uma morte anunciada. Assim ele pondera:

“ Está agonizando um conceito de lei, um tipo de parlamento e uma determinada concepção do direito. O Parlamento monopolizador da atividade legiferante do Estado sofreu abalos. Deve continuar legislando, é certo. Porém, a função legislativa será, no Estado contemporâneo, dividida com o Executivo. O parlamento não deve deixar de reforçar o seu poder de controle sobre os

atos, inclusive normativos, do Executivo[...] Portanto, o declínio alcança um determinado parlamento; não a instituição propriamente considerada.”⁶⁶ P.57

O papel do Legislativo, como principal fonte reveladora do direito positivo, deve ser reavaliado, precisamente no que tange ao processo legislativo. Urge que o Parlamento estabeleça procedimentos mais céleres nas discussões e debates. Não é outro o posicionamento de Raul Machado Horta(2003):

“ não desconhecendo as exigências que conduzem à configuração dos poderes legislativos extraordinários e de urgência, estou convencido de que a retomada da plenitude legislativa do Parlamento, além das providências regimentais que visam ao aprimoramento do trabalho legislativo, no âmbito de seu funcionamento cotidiano, poderá ser alcançada na técnica da legislação pelas Comissões e nos instrumentos dessa legislação mais rápida, que a Constituição da Itália de 1947, em visão antecipadora, particularizou no procedimento normal e nos procedimento abreviado, que conduzem à legislação pelas Comissões. Nas técnicas parlamentares de procedimento abreviado, como as que se encontram na Constituição da Itália, o Poder Legislativo mantém a intensidade da competência de legislar e assegura a necessária rapidez da legislação, dispensando ou, pelo menos, reduzindo a níveis razoáveis a expansão da legislação governamental através dos poderes extraordinários do Executivo ou do Governo.”⁶⁷

Nessa nova formatação da teoria da separação dos poderes, é mister uma análise sucinta do papel a ser exercido pelo Poder Judiciário, sobremodo por meio do controle de constitucionalidade efetuado pelos Tribunais Constitucionais, no caso brasileiro, pelo Supremo Tribunal Federal.

Muito se tem destacado a atuação do STF cunhando-a de intervativa, por meio de uma excessiva judicialização e ativismo judicial. Ao abordar o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, Luís Roberto Barroso(2009) faz importante análise dessas críticas. Primeiramente, o notável constitucionalista busca conceituar o significado do termo judicialização: “significa que algumas questões de larga repercussão política e

⁶⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 2^a edição. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 57

⁶⁷ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional.** 4^a edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 571

social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo.”⁶⁸

A seguir, Barroso(2009) procura lançar hipóteses para o respectivo fenômeno:

“a primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve com ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes.”⁶⁹

A segunda causa seria a constitucionalização abrangente, que

“ trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal(1976) e Espanha(1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão- seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada como ação judicial”⁷⁰

Finalmente, a terceira e última causa diz respeito ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que segundo o autor:

“é um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu[...] É importante ressaltar que[...] o STF foi provocado a se manifestar e o fez nos limites dos pedidos formulados[...] A judicialização, que de fato existe, não

⁶⁸ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p.332.

⁶⁹ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p.332

⁷⁰ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p.333

decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente”⁷¹

Outra crítica que surge contrária a dinâmica do controle de constitucionalidade seria uma eventual ausência de legitimidade democrática, por parte do Tribunal Constitucional, que pode invalidar normas jurídicas debatidas e votadas por mandatários eleitos pelo povo. Luis Roberto Barroso(2009) sintetiza essa discussão:

“ as impugnações foram de natureza política, doutrinária e ideológica. Duas delas são destacadas a seguir. A primeira: a denominada dificuldade contramajoritária(countermajoritarian difficulty), resultante do argumento de que órgãos compostos por agentes públicos não eletivos não deveriam ter competência para invalidar decisões dos órgãos legitimados pela escolha popular. Segunda: os pronunciamentos dos órgãos judiciais, uma vez esgotados os recursos processuais cabíveis- e que se exaurem no âmbito do próprio Judiciário-, não estão sujeitos a qualquer tipo de controle democrático, salvo na hipótese complexa e pouco comum de sua superação por via de emenda à Constituição.”⁷²

Ao se posicionar favoravelmente a plena existência de legitimidade democrática dos Tribunais Constitucionais, Barroso lança mão dos seguintes fundamentos:

“ o fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal.[...] De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo[...] A justificação filosófica para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional é um pouco mais sofisticada, mas ainda assim fácil de compreender. O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas idéias que se acoplaram, mas não se

⁷¹ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 4^a edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p.334 e 335

⁷² BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 4^a edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p.53 e 54

confundem. Constitucionalismo significa poder ilimitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria[...] Por essa razão, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário[...] Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.”⁷³

5 CONCLUSÃO

A partir das considerações lançadas ao longo da pesquisa é necessária destacar algumas evidências. Em primeiro lugar, vale repisar a eminência do princípio da separação dos poderes, cuja teorização foi fundamental para se superar um estágio da história da humanidade. Outrossim, o referido princípio representa fundamentalmente uma tentativa de racionalizar a organização das funções do Estado.

Todavia, a concepção mais rigorosa ou ortodoxa desse princípio tem sido reiteradamente refutada, pelas modificações constantes do atual patamar civilizatório. Desse modo, o monopólio da produção legislativa por parte do Legislativo vem sendo mitigado, de maneira a tornar o Estado mais apto as novas vicissitudes da complexa sociedade.

Assim, houve um necessário deslocamento da atividade legislativa, de modo que o Executivo, hoje, produz, sem dúvida, medidas com força de lei. Esse fenômeno está em consonância com o próprio direito constitucional que prevê expressamente tal competência. Ademais, é prática corriqueira como demonstra o estudo do direito comparado.

Não há que se falar também de maneira peremptória numa crise do direito, da lei ou do Parlamento mesmo. A atual quadra demonstra que antes todas essas instituições continuaram firmes; o que se busca na doutrina contemporânea é a redefinição de

⁷³ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 4^a edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p.339 e 340.

conceitos, pois os seus significados consentâneos a períodos já superados da história do direito e das idéias políticas.

Nesse sentido, a proposta que melhor se encaminha é a de uma revisão da teoria da separação dos poderes. Primeiramente, operando a sua desmistificação. Em seguida, reavaliando o papel a ser exercido por cada um dos poderes no âmbito do Estado Democrático de Direito. O poder Executivo, no exercício de sua atividade legislativa, deve fazê-lo nos estritos marcos legais, sob a vigilância política por parte do Parlamento e a jurídica por parte do Judiciário. No que tange ao Legislativo, mudanças no processo legislativo tornando-o mais célere, seriam extremamente benfazejas. Finalmente, a respeito do Poder Judiciário, o exercício da jurisdição constitucional tem por finalidade a adequação da ação do Estado, lato sensu, aos princípios constitucionais, de sorte que seja garantido o fiel cumprimento dos direitos fundamentais postulados na Constituição.

REFERÊNCIAS

- ANDRADA, Antônio Carlos Doorgal de. Política, ainda é possível? 1^a edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- ANDRADA, Bonifácio José Tamm de. Parlamentarismo e realidade nacional. 2^a edição. Brasília: Câmara dos Deputados, 1997.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do constitucionalismo. 1^a edição. Brasília: Senado Federal, 1986.
- BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 4^a edição. São Paulo: Saraiva, 2009
- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política, volumes I e II. 12^a edição. Brasília: Editora UNB, 2000
- CÍCERO, Marco Túlio. Tratado das leis. 1^a edição. Caxias do Sul: Editora EDUCS, 2004.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. Atividade legislativa do Poder Executivo. 2^a edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais de direito constitucional. 1^a edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. A democracia no limiar do século XXI. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Do processo legislativo. 6^a edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

HORTA, Raul Machado. Direito constitucional. 4^a edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

KUGELMAS, Eduardo. Marquês de São Vicente. 1^a edição. São Paulo: Editora 34, 2002

MALUF, Sahid. Teoria geral do Estado. 26^a edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELO FRANCO, Afonso Arinos. Estudos de Direito Constitucional. 1^a edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

_____. Direito Constitucional. 1^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. 2^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Formas e sistemas de governo. 1^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. 26º edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

PAGANO, Rodolfo. *Introduzione alla legistica: l'arte di prepararare le leggi*. Milão: Dott A. giuffrè, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol.I. 21^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005

REALE, Miguel. Filosofia do Direito, vol. II. São Paulo: Saraiva, 1957

_____. Lições preliminares de Direito. 22^a edição. São Paulo: Saraiva, 1995

RIPERT, Georges. *Le declin du droit*. Paris: LGDJ, 1949

SILVA, José Afonso da. Processo constitucional de formação das leis. 2^a edição. São Paulo: Malheiros, 2007

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. O congresso e as delegações legislativas. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0509200906.htm>