

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO- UAD

JOSÉ EVERTON SOARES BARBOSA

AUTORIDADE NORMATIVA DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS
PROVISÓRIAS FRENTE AO PRINCÍPIO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

SOUSA
2018

JOSÉ EVERTON SOARES BARBOSA

AUTORIDADE NORMATIVA DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS
PROVISÓRIAS FRENTE AO PRINCÍPIO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Ms. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

SOUSA

2018

JOSÉ EVERTON SOARES BARBOSA

AUTORIDADE NORMATIVA DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS
PROVISÓRIAS FRENTE AO PRINCÍPIO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Trabalho monográfico apresentado ao
Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas e Sociais, da Universidade
Federal de Campina Grande, como
exigência parcial da obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Ms. Eduardo Jorge
Pereira de Oliveira

Aprovada em: _____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira- UFCG

Examinador

Examinador

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela fé, força e coragem ao longo de todo o caminho, principalmente nos momentos mais difíceis em que pude perceber quão grande é seu amor, assim como sua mãe e amada Maria (minha Nossa Senhora) que me acolheu em seus braços nos melhores e piores momentos. Agradeço ao universo, que é obra do pai, e que conspirou em cada detalhe para que tudo chegasse ao que é hoje.

A Rosileide minha mãe, que sempre me apoiou e me deu força, que fez o impossível virar possível para que eu pudesse realizar esse sonho que não é só meu, e que mesmo com a distância fez florescer um amor ainda maior entre nos.

Agradeço a minha amada irmã Eduarda, que às vezes acreditou mais em mim que eu mesmo, obrigado por tudo. Aos meus queridos irmãos Erica e Eduardo, aos meus amados e lindos sobrinhos Eloá, José Luiz e José Augusto. Minha guerreira e amada vó mariquinha, que luta pela vida e ao meu Pai Everaldo.

Agradeço a todos da residência universitária pelo aprendizado diário, em especial as lindas Milene Alves, que sempre me deu colo nos melhores e piores momentos, e Suzana, pelas horas de conversas e risadas.

Ao núcleo de assistência estudantil, em especial todos os funcionários do restaurante universitário.

Aos amigos que tive oportunidade de conhecer em Sousa/PB, e que fizeram meus dias mais divertidos e agradáveis. Bem com todos os funcionários da Procuradoria federal Especializada- INSS em Sousa-Paraíba.

Ao meu orientador Eduardo Jorge, por ser exemplo de simplicidade e presteza, e aos demais colegas e familiares que de algum modo contribuíram para a realização deste sonho.

Mas, na verdade, Deus me
ouviu; atendeu à voz da minha
oração.

Bendito seja Deus, que não
rejeitou a minha oração, nem
desviou de mim a sua
misericórdia.

Salmos 66:19,20

RESUMO

Com a evolução do Estado surgem também as funções estatais como atividades essenciais a sociedade, assim a teoria da tripartição dos poderes designa quais os poderes do Estado e quem as exerce, sendo, pois, os poderes, legislativo, executivo e judiciário, que criam leis, administram e aplicam as leis ao caso concreto. Juntamente com as funções típicas mencionadas anteriormente, foram criadas as funções atípicas de cada poder, fundadas principalmente no sistema de freios e contrapesos, que busca garantir a independente e harmonia ente os poderes. Sendo o objeto do presente trabalho a função atípica do poder executivo quando da edição de medidas provisórias, relacionando o exercício dessa função com os reflexos no princípio da tripartição dos poderes. Quanto a metodologia de pesquisa utilizada, o trabalho estrutura-se a partir da técnica de pesquisa bibliográfica, em que são examinadas analítica e criticamente a doutrina, a legislação correlata, bem com, utilizando-se do método de abordagem dedutivo, partindo a explanação da parte genérica para a específica, por meio da interpretação sistemática do tema a que se propõe. Desse modo, foi possível contatar que ao longo da história das constituições brasileiras, o poder executivo sempre se sobressaiu em relação aos demais poderes, principalmente quando exercia a função atípica normativa, e que na atual constituição o engrandecimento desse poder ocorre quando o presidente da república edita medidas provisórias com finalidades diversas do objetivo do instituto, assim como quando foge dos requisitos constitucionais da relevância e da urgência, pondo em risco a independência e harmonia dos poderes. Portanto, o presente trabalho buscou evidenciar a histórica e atual superioridade do poder executivo, especificamente quando este exerce a função atípica de legislar, bem como evidenciar a necessidade de estabelecer novos limites para o uso do instituto da medida provisória como forte normativa baseada na relevância e urgência, para que assim seja garantida a efetiva independência e harmonia entre os poderes Estatais.

Palavras-chave: Separação dos poderes; poder executivo; funções típicas e atípicas; Medida Provisória;

ABSTRACT

With the evolution of the State appear also state functions as essential activities to society, so the tripartition theory of powers means what the powers of the State and who exercises, and therefore the legislative, executive and judicial powers, which create laws, administer and apply the laws to the concrete case. Along with the typical functions mentioned above, were created the atypical functions of each power, founded mainly in the system of checks and balances, which seeks to ensure the independent and harmony between the powers. Being the object of the present work atypical function of executive power when the issue of interim measures, relating to the exercise of this function with the reflections on the principle of tripartition of powers. As the research methodology used, the work is structured from the bibliographical research technique, in which are analytical and critically examined the doctrine, related legislation, as well as, using the method of the deductive approach, starting with the explanation of the generic to specific, through the systematic interpretation of the theme to which it is proposed. In this way, it was possible to be contacted throughout the history of the Brazilian constitutions, the executive power always stood out in relation to the other powers, mainly when it exerted the atypical normative function, and that in the present constitution the aggrandizement of this power occurs when the president of the republic issues interim measures for purposes other than the purpose of the institute, as well as when it departs from the constitutional requirements of relevance and urgency, jeopardizing the independence and harmony of powers. Therefore, the present work sought to highlight the historical and current superiority of executive power, specifically when it exercises the atypical function of legislating, as well as to highlight the need to establish new limits for the use of the institute of the provisional measure as a strong normative based on the relevance and urgency, so as to guarantee the effective independence and harmony between the State powers.

Keywords: Separation of powers; executive power; typical and atypical functions; Provisional Measure;

Sumário

1. INTRODUÇÃO	9
2. DOS PODERES CONSTITUIONAIS	11
2.1 Do surgimento da tripartição dos poderes	11
2.1.1 A teoria de Aristóteles	12
2.1.2 Divisão de poderes de John Locke	13
2.1.3 Teoria tripartida de Montesquieu	14
2.2 O princípio da tripartição dos poderes na constituição	15
2.3 A separação dos poderes nas constituições brasileiras	17
2.3.1 Constituição de 1824	17
2.3.2 Constituição de 1934	18
2.3.3 Constituição de 1937	19
2.3.4 Constituição de 1946	20
2.3.5 Constituição de 1967	20
2.3.6 Constituição de 1988	21
2.4 A finalidade da separação dos poderes	22
2.5 A teoria da tripartição dos poderes e a medida provisória	23
3. DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS	24
3.1 A origem das medidas provisórias	25
3.2. Do decreto-lei a medida provisória	26
3.2.1 Instituto normativo célere na constituição de 1824	26
3.2.2 Previsão expressa do decreto-lei	26
3.2.3. Do decreto-lei na constituição de 1967	27
3.3 O instituto da medida provisória na constituição federal de 1988	28
3.3.1 Vedações material das medidas provisórias	28
3.3.2 Da Perda da eficácia e do decreto do legislativo	29
3.3.3 Efeitos da medida provisória no processo legislativo	30
3.3.4 Reedição das medidas provisórias	31
3.3.5 Da relevância e urgência	32
3.3.6. Do procedimento da medida provisória	34
3.4 A edição de medida provisória e a tripartição dos poderes	34
4. A FUNÇÃO ATÍPICA DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS E OS REFLEXOS NA SEPARAÇÃO DOS PODERES	36
4.1 Das funções típicas e atípicas dos poderes	36
4.2. Do sistema de freios e contrapesos	36
4.3 O poder executivo no exercício de sua função atípica	37

4.3.1 Da superioridade histórica do poder executivo.....	38
4.3.2. Do uso disforme do instituto da medida provisória pelo Poder Executivo	39
4.3.3 O uso disforme do instituto pós emenda constitucional 32.....	42
4.4 O posicionamento do STF quanto à intervenção das medidas provisórias no princípio da tripartição dos poderes.....	45
4.4.1 Do controle de constitucionalidade das medidas provisórias.....	46
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS	50

1. INTRODUÇÃO

A divisão de funções estatais tornou-se ao longo da história um dos principais pilares de sociedades que tem por base normativa uma constituição, a classificação das funções do Estado foi iniciada por Aristóteles na Grécia e mais tarde aperfeiçoada por Montesquieu, que além de classificar, atribuiu o exercício das funções a órgãos diferentes. Assim os poderes estatais exercem as funções essenciais governamentais do Estado, sendo eles o poder legislativo, executivo e judiciário. Pertinente, pois, estudar a manutenção da teoria da separação dos poderes como meio garantidor do Estado Democrático de Direito vivenciado no Brasil.

Ao longo do desenvolvimento da teoria da separação dos poderes, foi criado um sistema com o objetivo de aperfeiçoar a divisão de funções estatais, surge então o sistema de freios e contrapesos que objetiva garantir o equilíbrio e a harmonia entre os poderes, estabelecendo um controle de forma recíproca por meio de interferências previamente estabelecidas na constituição.

Desse modo, a constituição federal elenca as principais atribuições de cada poder, ou seja, as funções típicas e ainda, para garantir a harmonia, elenca também as funções atípicas dos poderes. O presente trabalho analisa as atribuições atípicas do poder executivo, com a temática da possibilidade normativa do poder executivo no exercício de sua função atípica de editar Medida provisória, e a relação com os demais poderes.

As funções atípicas foram criadas com a finalidade de equilibrar os poderes, para que não houvesse uma total independência entre eles, assim as funções atípicas só devem ser acionadas em casos excepcionais como a terminologia indica. No caso do poder executivo, este exerce uma de suas atribuições atípicas editando medidas provisórias, no entanto nem sempre são observados os limites dessas atribuições, sendo, pois, a problemática do trabalho analisar quais as consequências do uso disforme das medidas provisórias e a influencia na separação dos poderes.

Diante da temática elencada o objetivo geral é verificar a edição das medidas provisórias quando ao uso excessivo e a discricionariedade de elencar os requisitos constitucionais por parte do chefe do executivo com o viés na teoria da tripartição dos poderes. Assim especificamente os objetivos são, ilustrar a evolução do princípio da divisão dos poderes, principalmente nas constituições brasileira;

compreender a edição e o funcionamento das medidas provisórias, desde o surgimento do instituto, bem como a evolução no ordenamento jurídico brasileiro; por fim, verificar o instituto da medida provisória como função atípica e correlacionar com a separação dos poderes.

O desenvolvimento do trabalho tem início com o capítulo voltado para a análise da teoria ou princípio da separação dos poderes, em que será possível verificar o surgimento das funções do Estado e a evolução da teoria do ponto de vista dos principais juristas e filósofos, até o ápice com Montesquieu, além disso, o capítulo irá abordar a introdução do princípio no ordenamento jurídico relacionando com as constituições que já vigoram no Brasil.

O capítulo segundo é dedicado ao instituto da medida provisória, que será possível compreender o surgimento a evolução e de forma foi introduzido no direito brasileiro, bem como a atual regulamentação e funcionamento de acordo com a constituição, sempre correlacionando com o princípio da separação dos poderes.

De forma conclusiva o terceiro e último capítulo, relaciona a função atípica do poder executivo na edição das medidas provisórias com o princípio da separação dos poderes, bem como os nuances atuais sobre o instituto e a tripartição dos poderes.

Quanto a metodologia de pesquisa utilizada, o trabalho constitui-se a partir da técnica de pesquisa bibliográfica, em que serão examinadas analítica e criticamente a doutrina, a legislação correlata, bem como demais publicações referentes ao tema ora tratado. Sendo, desta feita, formulado utilizando-se do método de abordagem dedutivo, partindo a explanação da parte genérica para a específica, por meio da interpretação sistemática do tema a que se propõe.

Por fim, supõe-se que há afronte ao princípio da separação dos poderes em grande parte das medidas provisórias editadas, haja vista a margem de discricionariedade do presidente na edição das medidas. Sendo pertinente uma maior regulamentação do instituto, haja vista a importância deste, bem como os efeitos negativos quando usado de forma inadequada.

2. DOS PODERES CONSTITUIONAIS

A necessidade de organização social ocorre desde o período em que o homem passou a viver de forma conjunta, tendo que se organizar em sociedade, por conseguinte, surge também a necessidade de lideranças que organizem a sociedade por meio do poder dado pelo povo.

Assim a organização social dividida em poderes foi e é objeto de estudo de diversos pensadores e juristas importantes, historicamente se destaca Platão, Aristóteles, Locke e principalmente Montesquieu, que ao longo da história concretizaram o que hoje é denominado princípio da tripartição dos poderes.

No mesmo sentido assevera Alexandre de Moraes (2016, p.668)

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de Poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “*Política*”, detalhada, posteriormente, por John Locke, no *Segundo tratado do governo civil*, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu *O espírito das leis*, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º da nossa Constituição Federal.

2.1 Do surgimento da tripartição dos poderes

Platão foi um dos primeiros pensadores a se posicionar quanto à necessidade de separação das funções do Estado, em sua obra “A República” afirmou que as funções sociais deveriam ser distribuídas entre os entes, cabendo ao mesmo o exercício do seu ofício junto à sociedade. A repartição de funções se evidencia quando há delimitação de atribuições como a proteção da cidade, encargo dos guerreiros, o governo da cidade, que era feito pelos magistrados, e os comerciantes que produziam e comercializavam bens de consumo (SILVEIRA, 2011).

A ideia formulada por Platão é percebida como esboço do que viria a ser a tripartição dos poderes, pois inicialmente a pretensão era apenas uma desconcentração do poder organizacional e que houvesse partes, uma divisão, para que as decisões não se concentrassem em apenas uma pessoa, o que poderia acarretar danos na estrutura organizacional da sociedade que outorgou determinado poder. Vale observar que grande parte dos constitucionalistas doutrinadores não faz menção ou pouco falam sobre as teorias de Platão na história da tripartição dos poderes, pelo fato de que tais teorias apenas apresentam uma forma de organização social e não necessariamente uma divisão de poderes soberanos.

2.1.1 A teoria de Aristóteles

A história da tripartição para grande parte da doutrina começa com Aristóteles, pois é com este que surge uma concepção de divisão de funções estatais que constitui o Estado.

De acordo com Pedro Lenza (2015) na obra *Política* escrita por Aristóteles, existia a classificação de três diferentes atribuições que eram exercidas pelo soberano, que eram, a edição de normas com caráter geral, devendo ser obedecidas por todos, a função de aplicador das normas editadas pelo mesmo, além da função de julgar os conflitos provenientes da aplicação das normas.

Ainda de acordo com Júlio Cesar da Silveira (2011), na concepção tripartida de Aristóteles, a divisão do poder ocorria como sendo a função deliberativa, que decidia os negócios estatais, cabia a esta, determinadas funções específicas que era de competência da assembleia dos cidadãos, como por exemplo a decretação de pena de morte; a executiva, que era efetivação das decisões, os poderes esteado de que o Estado necessita para agir; por fim, a função judiciária, que abarcava as relações jurisdicionais, com a escolha de juízes. Assim, o poder soberano criava as normas, aplicava e ainda julgava os possíveis litígios decorrentes da aplicação das normas. De modo que, todas as funções mencionadas eram de competência de apenas uma pessoa, que era o soberano.

Portanto, a obra de Aristóteles serviu de marco para a identificação das funções do Estado ou essenciais de governo, muito embora no modelo apresentado, as funções, apesar de divididas, são exercidas apenas pelo soberano, o que de acordo com Vicente Paulo e Marcelo alexandrino (2015) não havia por parte do

pensador o objetivo de limitação do poder, ou a ideia de igualdade ou até mesmo superioridade, mas apenas a criação das funções governamentais, que se prolongou por muito tempo, haja vista a forma de governo pautada na monarquia ou até mesmo no absolutismo.

2.1.2 Divisão de poderes de John Locke

Ainda em relação às principais teses e teorias de pensadores que desenvolveram a divisão do poder do Estado, temos John Locke, que em sua divisão de funções não incluiu o judiciário, segundo Marcelo Novelino (2014), mas apenas o legislativo e o executivo e um terceiro função chamada federativo.

De acordo com Locke, a função legislativa era superior as demais funções, seja pelo fato de que o fundamento daquelas estaria nas leis elaboradas pelo legislativo, seja pelo fato de que, ao momento que o povo dá ao legislativo a função de criar normas, este estará refletindo a vontade do povo, logo os atos do legislativo são como os atos do povo. Portanto, daí o entendimento de que os atos do Executivo e da função federativa são subordinados ao legislativo. Porém, a função legislativa não precisa ser constante, já que não há necessidade da criação de leis de forma contínua já a função executiva deve ser constante, pois caberá a esta a aplicação das leis; sendo o legislativo uma função inconstante, caberá ao executivo convocar aquele poder quando houver necessidade, mesmo sendo o legislativo a função suprema.

Na mesma linha de pensamento quanto a uma possível superioridade do legislativo em relação aos demais poderes, temos a afirmação de Uadi Bulos (2014 p.1074)

Embora os textos constitucionais ponham o Legislativo em pé de igualdade com os demais órgãos verticais do Poder, certamente cumpre a ele a difícil tarefa de elaborar normas jurídicas para o Executivo e o Judiciário aplicarem.

Nesta concepção, o poder legislativo estaria à frente dos demais, pois haveria uma dependência normativa para a atuação dos outros poderes.

A criação das funções estatais se limitou a definir apenas atividades essenciais do governo, não havendo necessariamente a preocupação quanto quem iria exercer tal função, já que por tempos, todas as funções eram exercidas pelo

soberano, tampouco quanto à limitação da função ou poder. Por conseguinte, tornou-se comum a ineficácia das funções estatais, pois não havia um controle das funções ou poder, já que todas eram exercidas por uma só pessoa.

2.1.3 Teoria tripartida de Montesquieu

Eis que em decorrência dos movimentos que passaram a assinalar modificações na atuação do governo, surge então a teoria do ilustre Montesquieu, em “O espírito das Leis” que além de classificar as três funções do Estado, em Administrativa, Legislativa e judiciária, inovou estabelecendo que as funções não pudessem ser exercidas pela mesma pessoa, ficando a eficácia do poder condicionada a distribuição do poder com diferentes indivíduos, possibilitando assim uma limitação interna do poder, pois pessoas diferentes exercendo poderes diferentes haveria uma limitação recíproca de poderes, desde que não houvesse subordinação de nenhum deles, mas sim igualdade (Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, 2015).

Vale observar que a teoria de Montesquieu não inovou por classificar as funções do governo ou Estado, pois já havia sido feita por Aristóteles, o grande marco da teoria de Montesquieu foi limitar o poder pelo próprio poder.

Além disso, de acordo com a teoria, os poderes deviam ser exercidos de forma independente e harmônica, ou seja, cada função teria autonomia no seu exercício e ao mesmo tempo devia atuar coadunando com as demais funções, pois estas funcionariam como “limites” da atuação das outras funções e vice-versa. Portanto, contrário ao absolutismo o principal objetivo é que as funções sejam exercidas por órgão e pessoas diferentes e nunca pela mesma pessoa.

Quanto às funções já existentes, Montesquieu acrescenta determinados detalhes, no poder legislativo classificação em câmara alta e câmara baixa, está destinada a representar o povo, dar voz aos anseios sociais, além de limitar a atuação da câmara alta, e aquela destinada a representar os nobres, bem como limitar exageros da câmara baixa (SILVEIRA, 2011).

Percebe-se, pois, que já havia a intenção de limitar o poder pelo poder, neste caso de forma interna, já que um legislativo dividido e exercido por pessoas e classes diferentes proporcionaria uma fiscalização recíproca.

O executivo segundo a teoria do ilustre escritor, diferente do legislativo, devia ser exercido por apenas uma pessoa, que era o monarca.

O judiciário tem a função tão somente de aplicar as normas, mas trata-se de uma função importante, pois é um reflexo do poder estatal. Além disso, é um poder que deve ser dado a determinadas pessoas do povo, na de forma permanente, mas apenas por determinado período baixa (SILVEIRA, 2011).

Portanto, a contribuição de Montesquieu foi demasiadamente importante para o desenvolvimento da ideia inicial de Aristóteles em dividir as funções estatais, mas principalmente na inovação de dar autonomia e harmonia aos poderes, possibilitando um sistema de controle entre eles.

Nesse sentido, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2016, p. 411)

Deve-se frisar que o ponto relevante da teoria de Montesquieu não está na identificação das três funções (elas já haviam sido indigitadas por Aristóteles, na Antiguidade), mas, sim, na ideia de dividir o exercício dessas funções entre órgãos independentes, evitando a concentração de todo o poder do Estado nas mãos de uma única pessoa (ou de um único centro de poder), o que, segundo seu raciocínio, ensejaria um controle automático do exercício do poder estatal. Com efeito, argumentava ele que o simples fato de cada poder (órgão) autônomo exercer suas funções próprias, sem qualquer ingerência dos demais poderes (órgãos), implicaria o automático e recíproco controle de toda a atividade estatal.

Assim com base no que Aristóteles havia pensado, Montesquieu aperfeiçoou as funções estatais e ainda criou um sistema de manutenção entre eles, que foram os freios e contrapesos.

2.2 O princípio da tripartição dos poderes na constituição

A consolidação da tripartição dos poderes ocorre na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão fruto da revolução francesa estabelecendo a separação dos poderes no art. 16 (1789), “Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição. ”

Desde então, o princípio da separação dos poderes passou a ser matéria indispensável em Estados constitucionais, pois é a partir desse princípio que ficou

superado o absolutismo, em que todas as funções do estado eram exercidas apenas pelo monarca. Desse modo, o Estado que não separa as funções governamentais não pode ter a constituição como base normativa.

A constituição que traz o princípio da separação dos poderes, objetiva resguardar a aplicação e eficiência dos direitos e garantias nela apresentados e a preservação do Estado Democrático de Direito, pois como mencionada ao longo desse trabalho, as funções estatais para que sejam eficientes devem ser exercidas por diferentes órgão e pessoas, pois caso contrário não haverá eficiência na prestação estatal das funções governamentais como nos Estados absolutistas.

A divisão das funções ou poderes do Estado possibilita o sistema chama do de freios e contrapesos, de forma que, ao mesmo tempo, um poder controle os demais e por eles seja controlado. Assim, haverá um exercício da função ou poder de forma independente, pois o órgão ou pessoa poderá exercer a atribuição sem a necessidade do consentimento para a prática dos seus atos, e ao mesmo tempo o exercício da função deve ser harmônico, pois a independência não é absoluta.

Desse modo, os poderes e as funções podem ser exercidos livremente, mas sempre com a ressalva de que os demais poderes podem interferir, aos modos da constituição, para garantir a harmonia entre eles.

Assevera a Supre Corte brasileira, que (STF, DJ 15.05.2000):

A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. (STF, MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.09.1999, Plenário, DJ de 12.05.2000).

Neste sentido, os poderes são constitucionalmente autônomos, independentes, porém estas garantias não podem ser usadas de forma arbitrária, pois os poderes não têm sua existência baseada na unicidade ou individualidade, mas sim na complementação de cada um, na harmonia, para a partir daí formar um poder Estatal.

2.3 A separação dos poderes nas constituições brasileiras

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já preconizava que um Estado regido por constituição devia ter como princípio a separação dos poderes governamentais, seguindo esta linha, todas as constituições brasileiras tiveram no seu corpo normativo o princípio basilar da tripartição dos poderes, mesmo com certas particularidades, como veremos.

2.3.1 Constituição de 1824

Na constituição imperial (1824) o título III trazia “ *Dos poderes, e Representação Nacional*” no art. 9 a constituição traz de forma expressa a divisão dos poderes e ainda a importância do princípio para os direitos constitucionais: “ Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias, que a Constituição oferece. ”

Ainda na constituição imperial, o art.10 destacou expressamente os poderes reconhecidos pela constituição “Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial. ” Percebe-se uma peculiaridade desta separação de poderes, pois são quatro poderes estatais e não três como previstos pela teoria de Montesquieu, ou seja, uma verdadeira inovação jurídica no princípio da separação dos poderes. Poder moderador exercia a função de equilíbrio entre os poderes com o objetivo de resguardar a independência e harmonia entre os poderes; era competência do imperador que também exercia a função executiva, logo quando houvesse qualquer impasse entre os poderes, a palavra final era do imperador ou poder moderador.

Percebe total distorção do princípio da tripartição dos poderes, pois de acordo com este, cabe aos próprios poderes o dever de fiscalizar a atuação dos demais para que haja harmonia entre eles, e não um terceiro e ilegítimo poder que contradiz toda a teoria da tripartição. A constituição imperial fez parte de uma onda revolucionária que trouxe a constituição para as Américas, no entanto por meio do poder moderador, na prática nada mudou, pois era do imperador a palavra final

entre todos os poderes. Apesar do absurdo normativo, a constituição vigeu por longos 65 anos até a constituição da república.

2.3.2 Constituição de 1934

Após longos anos o Brasil finalmente muda a forma de governo e proclama a república, surge então a necessidade de mudanças normativas, haja vista que a primeira constituição apresentava muitas características imperiais e autoritárias, o que não condizia com nova realidade da jovem república. Dentre as inovações constitucionais temos a “instituição da forma federativa de Estado e da forma republicana de governo; estabelecimento da independência dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; ” (Senado Federal, 2013). A constituição passa a ter o princípio da separação dos poderes nos moldes da teoria de Montesquieu, em que todos exercem sua função de forma independente e harmônica, conforme art. 15 da constituição de 1891 “São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”.

A constituição de 1934 foi uma das mais inovadoras, principalmente quanto a direitos e garantias sociais, pois foi a partir dela que surgiu a “Justiça Eleitoral, Justiça do Trabalho, criação de leis trabalhistas, mandado de segurança e ação popular. ” (Senado federal, 2013) ao mesmo tempo em que houve um acréscimo constitucional da autonomia do poder executivo em relação aos demais poderes, que segundo a história das constituições no site do senado federal (2013) “destinadas a reforçar a segurança do Estado e as atribuições do Poder Executivo. ”

Essa constituição acompanhou a de 1891 quanto a aplicação da teoria tripartida, dividida em Legislativo, Executivo e Judiciário, conforme art 3º “São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si”. Porém, o constituinte ressaltou que as funções de cada poder não poderiam ser delegadas para outros, como no § 1º do art. 3º “É vedado aos Poderes constitucionais delegar suas atribuições. ” Como se não bastasse, ainda reforçou o entendimento no § 2º do art. 3º “O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro. ”

Ainda de acordo com o texto constitucional, o art. 2º deixa expresso a titularidade e os destinatários do Poder “Art. 2º - Todos os poderes emanam do povo e em nome dele são exercidos. ” O artigo reforça a ideia de Locke, em que todo o

poder é de titularidade popular, mesmo sendo exercido por outros órgãos, o poder é do povo e para o povo.

2.3.3 Constituição de 1937

Os direitos e garantias apresentados pela constituição de 1934 não tiveram vigência por muito tempo, pois em 1937 o então presidente Getúlio Vargas revogou a Constituição de 1934, dissolveu o Congresso e sem qualquer consulta prévia outorgou a constituição de 1937, surge então o Estado Novo, que tem como principais características a supressão dos partidos políticos e uma maior concentração de poder no executivo, como a possibilidade de dissolução do congresso nacional e a função atípica de edição de decretos-leis sobre as mais diversas matérias.

Entre as principais mudanças que a constituição do Estado Novo trouxe destacam-se:

Instituição da pena de morte; supressão da liberdade partidária e da liberdade de imprensa; anulação da independência dos Poderes Legislativo e Judiciário; restrição das prerrogativas do Congresso Nacional; permissão para suspensão da imunidade parlamentar; prisão e exílio de opositores do governo; e eleição indireta para presidente da República, com mandato de seis anos. (site Senado Federal, A história das constituições, 2013)

Percebe-se que, desde o momento em que o Brasil passou a adotar a constituição como base de todo ordenamento jurídico e ter como princípio a tripartição dos poderes, a constituição de 1937 foi à única que não previu a separação constitucional dos poderes nos moldes da teoria de Montesquieu, mas tão somente as funções estatais (legislativo, executivo e judiciário) mesmo com a ressalva da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de que todo país baseado em uma constituição deveria ter a separação dos poderes como princípio, porém a regra não foi seguida, já que se tratou de uma ditadura constitucional.

Poucos anos após a implantação do Estado Novo, o regime não permanece por muito tempo, assim como maioria dos regimes fascista que vigoraram na época. Surge então a necessidade de uma nova constituição baseada na democracia, independência e harmonia dos poderes.

2.3.4 Constituição de 1946

A constituição de 1946 retoma os avanços sociais e normativos iniciados na constituição de 1934, entre as medidas adotadas, estão:

O restabelecimento dos direitos individuais, o fim da censura e da pena de morte. A Carta também devolveu a independência ao Executivo, Legislativo e Judiciário e restabeleceu o equilíbrio entre esses poderes, além de dar autonomia a estados e municípios. Outra medida foi a instituição de eleição direta para presidente da República, com mandato de cinco anos (site Senado Federal, A história das constituições, 2013).

Quanto a tripartição dos poderes, a constituição de 46 volta a ter a divisão clássica de poderes de forma expressa no art.36 – “São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si. ” Resguardando assim um exercício harmônico das funções governamentais. Com o fim de evitar novos desequilíbrios entre as funções, o texto proibiu o exercício de funções atípicas pelos poderes, com ressalvas previstas na constituição conforme § 1º “ O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição. ” Bem como o § 2º “É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições. ”

Apesar da previsão constitucional protegendo a democracia, ainda na vigência da constituição de 1946 o país sofre um golpe milita que fragiliza todo o sistema normativo pátrio, principalmente quanto ao descumprimento explícito da constituição. Assim, em 1964 é instalado o regime militar que conservou o Congresso Nacional, mas sem autonomia, pois os militares controlavam o Legislativo.

2.3.5 Constituição de 1967

Em 1964 os militares dão um golpe e em 1967 derrogam a constituição de 1946 e como poder Executivo encaminha ao Congresso Nacional uma proposta de Constituição que foi aprovada e promulgada no dia 24 de janeiro de 1967.

Mais sucinta que a constituição anterior, essa Constituição manteve a forma de Estado (Federação), com ampliação da União, e passou a adotar a eleição indireta para presidente da República, que devia ser eleito por meio de Colégio

Eleitoral formado pelos Congresso e indicados pelas Assembleias Legislativas. Quanto ao judiciário, foram suspensas as garantias dos magistrados.

Apesar da nítida superioridade do poder Executivo, o texto da constituição trouxe a tripartição dos poderes de forma expressa no art. 36 “São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.” O texto é semelhante ao da constituição de 1946, com modificações apenas na ordem das palavras, bem como os § 1º e 2º do mesmo artigo “ O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição. § 2º - É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições. ”

A constituição previa a possibilidade de emendas por meio da expedição de Atos Institucionais (AIs), dentre todos que foram editados o mais conhecido é o ato institucional número 5, pois foi a partir dele que muitos direitos foram suprimidos mesmo que formalmente legais, vejamos:

O AI-5, de 13 de dezembro de 1968, foi um instrumento que deu ao regime poderes absolutos e cuja primeira consequência foi o fechamento do Congresso Nacional por quase um ano e o recesso dos mandatos de senadores, deputados e vereadores, que passaram a receber somente a parte fixa de seus subsídios. suspensão de qualquer reunião de cunho político; censura aos meios de comunicação, estendendo-se à música, ao teatro e ao cinema; suspensão do *habeas corpus* para os chamados crimes políticos; decretação do estado de sítio pelo presidente da República em qualquer dos casos previstos na Constituição; e autorização para intervenção em estados e municípios(site Senado Federal, A historia das constituições 2013).

Mais uma vez o princípio da separação dos poderes é mitigado em uma constituição brasileira, o poder que se sobressai é o Executivo, bem como em todas as outras vezes que a tripartição dos poderes não foi observada de forma pratica no Brasil.

2.3.6 Constituição de 1988

Após logos anos sob os ditames do regime militar, com o tempo ficou cada vez mais difícil barrar movimentos sociais e políticos que acenavam para um novo país com democracia e liberdade, assim em 1985 foi convocada a Assembleia Nacional Constituinte, por meio de uma emenda à constituição de 67, com o objetivo

de elaborar uma nova constituição condizente com a realidade social do país, que clamava por democracia.

Em 1988 é promulgada a constituição federal, conhecida como constituição cidadã, devido ao rol extenso de direitos e garantias previstos. Quanto ao princípio da tripartição dos poderes, a constituição previu expressamente o a separação dos poderes como princípio fundamental da república federativa do Brasil, além disso, criou garantias para o exercício independente e harmônico entre os poderes.

2.4 A finalidade da separação dos poderes

As funções estatais foram criadas inicialmente para definir as competências do governo na atuação social, com o aprimoramento da teoria tripartida dos poderes, a separação das funções e o exercício de cada uma por órgãos diferentes passou a proporcionar uma maior segurança para as liberdades dos cidadãos, pois a partir dessa teoria foi possível conter os excessos dos órgãos no exercício de sua função, já que mesmo independentes os três poderes devem exercer suas funções de forma harmônica. No mesmo sentido Dimitri Dimoulis (2008, p. 145-146)

Seu objetivo fundamental é preservar a liberdade individual, combatendo a concentração de poder, isto é, a tendência 'absolutista' de exercício do poder político pela mesma pessoa ou grupo de pessoas. A distribuição do poder entre órgãos estatais dotados de independência é tida pelos partidários do liberalismo político como garantia de equilíbrio político que evita ou, pelo menos, minimiza os riscos de abuso de poder. O Estado que estabelece a separação dos poderes evita o despotismo e assume feições liberais. Do ponto de vista teórico, isso significa que na base da separação dos poderes encontra-se a tese da existência de nexos causais entre a divisão do poder e a liberdade individual. A separação dos poderes persegue esse objetivo de duas maneiras. Primeiro, impondo a colaboração e o consenso de várias autoridades estatais na tomada de decisões. Segundo, estabelecendo mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes estatais, conforme o desenho institucional dos freios e contrapesos”

Assim a tripartição dos poderes proporciona uma maior segurança ao sistema jurídico, pois cada função deve ser exercida de forma independente e ao mesmo tempo harmônica.

2.5 A teoria da tripartição dos poderes e a medida provisória

A criação das funções estatais pode ser indicada como um marco no desenvolvimento do Estado, pois a partir de determinadas teorias que criaram funções de governo foi possível delimitar a atuação do estatal para o bem comum. Assim, com base em teorias organizacionais do Estado surgiram as funções de governo que de acordo com Montesquieu são, a função ou poder Legislativo, Executivo e Judiciário.

Com a delimitação das funções estatais houve também a necessidade de delimitar as competências de cada uma, assim foram criadas as funções típicas de cada poder, ou seja, sua principal finalidade.

Seguindo a teoria da tripartição dos poderes, houve também a necessidade de criar o sistema de freios e contra pesos, para que houvesse equilíbrio entre os poderes, eis que então, são criadas funções atípicas de cada poder, que consiste no exercício eventual da função de outro poder, assim em determinado momento um poder exercerá uma função que originariamente é de competência de outro poder, mas que para garantir a harmonia da tripartição o exercerá eventualmente.

A edição de medida provisória pelo chefe do executivo é um exemplo do sistema de freios e contrapesos, pois aquela é um ato normativo primária emanado do poder executivo no exercício de sua função atípica. Assim, no próximo capítulo haverá um maior detalhamento do instituto da medida provisória.

3. DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

A Medida Provisória está no título IV “*Da organização dos poderes*” da constituição federal de 1988, trata-se de um meio normativo primário que não segue o tramite legislativo habitual imediato, como, a iniciativa, votação e sanção, assim de acordo com a constituição as Medidas provisória serão editadas pelo chefe do executivo no caso de relevância e urgência, e terão força de lei pelo prazo originário de 60(sessenta) dias, prorrogável pelo prazo extraordinário de 60 (sessenta) dias , podendo ter vigência máxima de 120 (cento e vinte) dias desde sua publicação, tendo ainda que ser submetida de imediato ao congresso nacional, haja vista que de acordo com Rocha Neto (2012) a medida provisória funciona como projeto de lei para o legislativo, já que este decidirá se converte ou não a medida em lei, há previsão constitucional no art. 62, caput. O prazo inicial da medida é a partir da publicação no diário oficial, além disso, haverá suspensão do prazo nos períodos de recesso do congresso nacional.

Seguindo o entendimento de Uadi Lammêgo (2010, p. 172) “Medida Provisória é o ato monocrático do Presidente da República com força de Lei, editada em caso de relevância e urgência, que deve ser submetida à apreciação do Congresso Nacional”. Logo, o fundamento para edição das medidas provisórias é um estado de necessidade em que se faz indispensável a atuação estatal de forma célere.

Ainda, segundo Paulo Gonet Branco (2012), as medidas provisórias são atos normativos primários, pois tem seu fundamento direto da constituição, além de inovar no ordenamento jurídico. Ainda segundo o autor, trata-se de uma exceção ao princípio da separação dos poderes, haja vista que só o presidente da república pode editá-las, mesmo sendo um ato normativo.

Assim, o ato normativo primário baseado na necessidade de atuação estatal é competência do Presidente sem previa manifestação legislativa, conforme os ensinamentos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2002, p. 135)

Um típico ato normativo primário e geral. Edita-o o Presidente da República no exercício de uma competência constitucional, de uma competência que, insista-se, lhe vem diretamente da Constituição. Manifesta assim a existência de um poder normativo primário, próprio do Presidente e independentemente de qualquer delegação.

3.1 A origem das medidas provisórias

A origem de determinado instituto sempre apresenta característica do meio em que foi criado, pois há influência direta da situação vivenciada, assim a necessidade da prestação de determinado serviço público ou atuação estatal de forma urgente, e em casos excepcionais, gerou a necessidade de um instituto que simplificasse as formalidades legislativas para a atuação do Estado de forma rápida e imediata.

Eis que surge, segundo o deputado italiano Urbano Rattazzi em 1849, citado por Almir Rocha Neto (2007), uma nova fonte do direito, a necessidade. Assim erguem-se no direito italiano leis que pautadas na necessidade, apresentam um tramite legislativo mais célere, ante a urgência da atuação do Estado que na época guerreava.

Assim, a necessidade passou a ser o principal fundamento para a edição de normas de elaboração célere, haja vista que são várias as situações que requerem urgência na prestação legiferastes do Estado.

No direito italiano denominou-se “provimentos provisórios” as medidas legislativas tomadas pelo governo/poder executivo em casos extraordinários de necessidade e de urgência. Após um século da previsão da necessidade como fonte do direito, o instituto da medida provisória continua expresso no texto constitucional italiano, art. 77:

Art. 77. O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, editar decretos quetenham valor de lei ordinária.

Quando, em casos extraordinários de necessidade e de urgência, o Governo adota, sob a sua responsabilidade, provimentos provisórios com força de lei, deve nomesmo dia apresentá-los para conversão às Câmaras que, mesmo se dissolvidas, são convocadas para esse propósito e se reúnem dentro de cinco dias.

Os decretos perdem eficácia desde o início, se não são convertidos em lei dentro de sessenta dias da sua publicação. As Câmaras podem, todavia, regular por lei asrelações jurídicas surgidas com base nos decretos não convertidos.

O artigo mencionado é antecedido por outro que busca assegurar a legitimidade do poder legislativo para a criação normativa, sendo o provimento provisório uma medida excepcional de competência do chefe do executivo e limitada pelo poder que exerce a função legislativa de forma típica, vejamos “o exercício da

função legislativa não pode ser delegado ao governo se não com determinação de princípios e critérios e somente por tempo limitado e por assuntos definidos” (CONSTITUIÇÃO ITALIANA, ART. 76).

3.2. Do decreto-lei a medida provisória

No ordenamento jurídico brasileiro, o primeiro instituto normativo célere para regular situações de necessidade e urgência de competência do poder executivo foi o decreto-lei que tinha como requisitos a urgência ou o interesse público relevante, alternadamente.

3.2.1 Instituto normativo célere na constituição de 1824

O instituto veio de forma expressa com a constituição imperial de 1824, que trouxe a possibilidade normativa por parte do governo, ou seja, poder executivo, em situações delimitadas no texto constitucional, pois se trata de situação demasiadamente excepcional e que não haveria a possibilidade da reunião da assembleia para deliberar sobre a situação (ALMIR ROCHA NETO, 2007).

Como percebe-se, a criação desse instrumento tem grande semelhança com o instituto da medida provisória italiana, principalmente quando a excepcionalidade, pois como mencionado anteriormente, ao momento da criação do instituto italiano, este país estava em momento de guerra, já na situação prevista pela constituição imperial, previa como excepcional a situação de rebelião ou invasão de inimigos, logo fica claro a essência das medidas nas duas situações.

A previsão normativa de determinado instituto célere que delegasse o poder normativo ao chefe de executivo em casos de urgência não prosseguiu nas constituições republicanas de 1891 e 1934.

3.2.2 Previsão expressa do decreto-lei

Com a constituição de 1937 veio à previsão do decreto lei, que deveria ser usado enquanto o parlamento não se reunisse, ou quando autorizado por aquele, já que se tratava de uma função atípica do poder executivo, assim na hipótese de

recesso ou dissolução da câmara dos deputados o governo estava autorizado a expedir decretos com força de lei (PAULO GONET BRANCO, 2012).

Diferente da previsão da constituição imperial, a constituição de 1937 não apresentou o decreto lei como hipótese excepcional, condicionando sua edição apenas a ausência do parlamento, o que possibilitou o frequente uso do meio normativo por parte do governo, pois de acordo com a previsão constitucional, qualquer matéria poder ser regulada por meio de decreto-lei. Segundo Almir Rocha Neto (2007) como exemplo do frequente uso do instituto temos a edição do Código de Processo Civil, o Código de Processo Penal, A lei de Contravenções Penais, a Consolidação das Leis do Trabalho etc.

Diante dos abusos cometidos com uso indevido do decreto lei, a constituição de 1946 extinguiu o instituto. Porém em 1965 por meio do ato institucional nº 2, mais uma vez a constituição prevê o decreto lei como fonte normativa, e com grande margem para ocorrência de abusos, pois não há a exigência do requisito originário para o exercício normativo de forma atípica, qual seja a necessidade.

3.2.3. Do decreto-lei na constituição de 1967

Em 1967 é outorgada a constituição brasileira, que trouxe no texto originário o instituto do decreto lei, porém, diferente do texto anterior, o decreto lei passou a ter matérias restritas que eram a segurança nacional e finanças públicas, além disso, deveria preencher o requisito da urgência ou do interesse público relevante, além de não poder resultar em aumento de despesa, conforme caput no art. 58 da constituição federal de 1967. Vale observar uma peculiaridade prevista no Parágrafo único do artigo mencionado, que caso não houvesse deliberação do decreto lei editado no prazo de 60 dias, este seria tido como aprovado de forma tácita, assim, caso o congresso não se manifestasse quanto ao decreto, este continuaria valido de forma indefinida como as demais leis editadas pelo legislativo.

Já 1969 ocorre à primeira emenda a Constitucional de 1967, modificando a abrangência do decreto-lei que condiciona a edição a casos de urgência ou de interesse público relevante das seguintes matérias, segurança nacional, finanças públicas (inclusive normas tributárias), criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

Como possível verificar, os requisitos para a edição do decreto-lei são alternativos, assim não havia a necessidade da urgência e do interesse público cumulativamente. Além disso, se não houvesse apreciação do congresso nacional, o decreto-lei era tido como aprovado, ou seja, mais uma vez a previsão tácita de aprovação, e no caso de votação ou aprovação tácita o decreto permanecia com a denominação decreto-lei, Almir Rocha Neto (2007).

A denominação medida provisória só veio com a constituição de 1988 no texto originário, de acordo com Uadi Bulos (2010) o instituto foi introduzido após a assinatura final da constituição e dias antes da publicação, sem uma análise detalhada do instituto, o que causou demasiada discussão entre doutrinadores e alguns constituintes, além da semelhança com o instituto italiano que tem um sistema de governo parlamentarista, enquanto o brasileiro é presidencialista.

3.3 O instituto da medida provisória na constituição federal de 1988

A medida provisória possui fundamento nos arts. 59, V, e 62 da constituição federal, que no texto original constava apenas caput e parágrafo único, que regulavam o instituto de forma precária com poucos detalhes, mesmo sendo um instituto novo, o que possibilitou durante determinado tempo uma margem para as mais diversas interpretações; só em 2001 por meio da emenda constitucional nº32 o constituinte derivado detalhou a edição e os efeitos das medidas, que gerou mais segurança no uso do instituto.

3.3.1 Vedações material das medidas provisórias

Apesar da edição de medidas provisórias com forma de lei ser uma função atípica do poder executivo, o constituinte originário não estabeleceu limites materiais do conteúdo das medidas de forma expressa. Tal ausência provocou desconfiança de muitos juristas, e acabou por confirmar as alegações de que o instituto havia sido encaixado na constituição sem discussão e diretamente no texto final, como ressaltado por Uadi Bulos (2014)

Assim o texto originário possibilitava a edição de medidas sobre as mais diversas matérias, o que não era compatível com uma constituição com base em princípios fundamentais com o da tripartição dos poderes e o exercício harmônico e

independente entre eles, assim após essa aparente “falha” do constituinte originário, com o novo texto dado pela emenda constitucional 32, ficou proibido à edição de MP sobre:

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I – relativa a:

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;

b) direito penal, processual penal e processual civil;

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II – que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III – reservada a lei complementar;

IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

Percebe-se que o legislador preocupou-se em elencar várias situações que não podem ser matéria de medida provisória, porém a proibição não se limita ao parágrafo mencionado, ao longo do texto constitucional há outras restrições quanto à edição das medidas, como o § 2º do artigo 25 da CF “Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.”

Assim, em regra o Presidente da República poderá expedir medidas provisórias sobre todas as matérias que podem ser objeto de lei ordinária com exceção do § 1º do art. 62 CF. Vale ressaltar que mesmo com as restrições mencionadas, ainda é demasiadamente considerável a quantidade de matérias que poder ser objeto das medidas provisórias.

3.3.2 Da Perda da eficácia e do decreto do legislativo

A medida provisória é um ato normativo primário de efeito imediato, porém condicionado a aprovação do congresso nacional, que pode vir a ser aprovado e transformado em lei ou não. Diante da hipótese de não conversão em lei caberá ao legislador por meio de decreto legislativo, de acordo com o texto constitucional, disciplinar as relações jurídicas proveniente das medidas editadas e não convertidas

em lei, haja vista que possuem efeitos normativos imediatos, porém por prazo determinado, conforme o § 3º

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

No entanto, se não houver a edição do decreto legislativo, a constituição prevê no § 11º que as "relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas".

Desse modo, caso não haja a conversão em lei, tampouco o decreto legislativo regulando as relações jurídicas provenientes da medida, esta funcionará como uma lei revogada, ou até mesmo uma lei temporária, já que os efeitos permanecerão nas relações jurídicas ocorridas ao tempo de sua vigência.

Assim, temos uma exceção expressa ao princípio da tripartição dos poderes, ao passo que o condicionamento da procedência dos trabalhos legislativos a análise de ato de Presidente da República impede o exercício do poder legislativo de forma independente, como previsto na constituição. Além disso, mesmo que o legislativo não se manifeste quanto a edição de determinada medida provisória, pois o mesmo tem essa opção, o chefe do executivo pode usar o instituto por diversas vezes, pois é de livre conveniência do mesmo. Por fim vale refletor, imaginemos o uso excessivo de medidas provisórias, como fica a independência do legislativo diante de tal situação, e a segurança jurídica, os questionamentos serão abordados posteriormente nesse trabalho.

3.3.3 Efeitos da medida provisória no processo legislativo

Como visto, trata-se de uma função atípica do executivo, mas que interfere diretamente no poder legislativo, haja vista que além de usurpar uma função deste – mesmo que amparado pela constituição - ao momento que o executivo edita uma medida provisória ele estará interferindo diretamente no funcionamento do legislativo.

Assim que editada a medida provisória deve ser submetida imediatamente ao congresso nacional, para que uma comissão formada por deputados e senadores emita parecer sobre a medida, no caso de votação da medida, deve ser iniciada na câmara dos deputados, além disso, o texto constitucional cria uma espécie de coação para o legislador apreciar a medida, já que passados 45 dias da edição e não havendo a apreciação esta entrará em regime de urgência, podendo ainda haver o sobrestamento do congresso nacional até que seja realizada a votação, conforme § 6º do art. 62 da constituição:

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. (Incluído pela EC n. 32/2001)

Ainda de acordo com o texto da emenda 32, foi suprimido a parte originária do art. 62 que obrigava a convocação extraordinária do congresso nacional no prazo de cinco dias, caso estivesse em recesso. Assim, no caso de recesso, não é mais necessário o comparecimento dos deputados e senadores para apreciar a medida provisória, pois o prazo fica suspenso, devendo retornar apenas quando acabar o recesso.

3.3.4 Reedição das medidas provisórias

Dentre as principais modificações que a emenda constitucional trouxe está a proibição de reedição das medidas, como não havia proibição expressa no texto originário era usual a edição e reedições de forma sucessiva, assim uma determinada matéria poderia ser conteúdo de diversas medidas provisórias consecutivas, como exemplo temos o “primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso, em que foram editadas e reeditadas mais de 2.777 (duas mil, setecentas e setenta e sete) vezes” (UADI BULOS, 2015, p1.209)

O chefe do executivo podia editar as medidas para terem vigência igual as leis, bastava apenas a reedição ao fim do prazo. Porém, de acordo com o §10 do art.62 da CF, com redação dada pela emenda constitucional 32, ficou vedada a reedição das medidas provisórias rejeitadas ou que tenha perdido eficácia por

decurso de prazo, pelo menos na mesma sessão legislativa, que corresponde o período de dois de fevereiro a vinte e dois de dezembro.

A modificação representou um avanço na limitação da edição e reedição de medidas, pois se o legislador rejeitou ou não se pronunciou quanto à medida provisória não há interesse na conversão em lei, haja vista que apesar de ter força de lei é necessário o “aval” final do legislador para que exerça seus efeitos plenos de lei em sentido matéria e formal.

3.3.5 Da relevância e urgência

Diante do abuso histórico do uso de institutos fundamentados na necessidade, como o decreto-lei, o legislador constituinte de 1988 optou por condicionar a edição de medidas provisórias a dois requisitos, a relevância e urgência, cumulativamente, por tratar se de meio normativo atípico ficando restrita a sua edição, haja vista que não passam pelo crivo comum das leis, como as comissões para análise no congresso nacional.

Os meios de limitação na expedição de medida provisória são requisitos constitucionais sem definição na constituição ou lei, pois trata se de um instituto baseado na necessidade, impossibilitando a previsão de todas as situações, assim cabe ao chefe do poder executivo de forma discricionária estabelecer qual situação apresenta relevância e urgência e posteriormente o congresso nacional poderá concordar ou não com a decisão do presidente, aprovando ou rejeitando a medida.

Porém, haviam dúvidas quanto à possibilidade de análise dos requisitos pelo poder judiciário, mas já há decisões da suprema corte quanto ao assunto, pois apesar de ser juízo valorativo feito pelo presidente da república, os requisitos para a edição de medidas provisórias podem ser submetidos ao controle do Poder Judiciário, mesmo que de forma excepcional conforme previsão da suprema curte. (STF, ADIn 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23-4-2004):

Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que

lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República.

Mesmo sendo termos que não possuem definição legal ou constitucional, são termos tipicamente comuns, de fácil percepção, como, do ponto de vista do homem médio há relevância e urgência na regulamentação de mercado, tendo em vista a dinamicidade do mercado mundial, assim diante de perigo de perempção é aparentemente formidável o uso das medidas provisórias.

Além disso, a constituição federal traz exemplos de urgência no art.167 § 3º “A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62. ” (2012). É perceptível que as medidas provisórias não são destinadas a regular relações simples passíveis do processo legislativo comum.

Para Uadi (LAMMÊGO, 2010) comentando um acórdão do STF, por serem requisitos não especificados legalmente, não cabe ao judiciário analisar diretamente os pressupostos constitucionais das medidas provisórias por não ter caráter jurídico, no entanto, de acordo com o tribunal, o caráter político da relevância e da urgência não impede o controle por parte do poder judiciário, principalmente em casos evidentes da ausência de requisitos, como assim tem feito a suprema corte.

Assim, quando esses requisitos forem violados estará havendo afronta a constituição federal e a diversos institutos e princípios basilares da ordem jurídica, como o princípio fundamental da divisão dos poderes, previsto no art. 2º da constituição, bem como estará ferindo o estado democrático de direito.

Para o melhor entendimento das medias provisórias se faz necessário o entendimento dos requisitos constitucionais da relevância e da urgência. De acordo com Uadi Bulos (2014) a relevância seria a importância da situação, a magnitude de ocasiões que demandem uma providencia normativa imediata do Estado, sem a qual haveria o risco para a sociedade, daí a relevância da situação.

Porém, não basta uma situação relevante, é necessário que seja urgente, algo que não pode esperar o tramite legislativo comum, inadiável, caso contrário a atuação do Estado não seria mais útil.

3.3.6. Do procedimento da medida provisória

Assim que editada a medida provisória deve ser submetida a apreciação do congresso nacional por meio de uma comissão mista que emitirá parecer quanto aos requisitos constitucionais da relevância e da urgência.

Quando apreciada pelo congresso, a medida pode ser aprovada e virar lei nos mesmos moldes que foi editada pelo chefe do executivo, bem como pode ser rejeitada pelo congresso, que pode ocorrer de duas formas, quando o legislador se omite e o prazo da vigência da medida expira ou quando ocorre votação e a rejeição é expressa, no dois casos ainda que rejeitando o legislador deve regular as relações jurídicas ocorridas no período de vigência, caso contrária, continuarão sendo reguladas pela medida provisória não convertida em lei.

Além disso, pode ocorrer de o legislador aprovar a medida convertendo-a em lei, mas com alterações, neste caso de acordo com a resolução nº 1 de 2002 do congresso nacional, a emenda deve ser apresentada a comissão mista, vale observar que as a matéria da emenda não pode ser diversa da matéria originária da medida, ou seja, a medida é de matéria ambiental e a emenda sobre saúde.

Caso a comissão mista seja favorável quanto a emenda apresentada, aquela deve apresentar o projeto de conversão da medida em lei ao presidente da república, para que este sancione ou vete, já que houve modificação do texto originário, pois no caso de aprovação da medida sem modificações não há necessidade de submissão do projeto de conversão ao presidente. Vale observar que o antigo decreto-lei não podia ser objeto de emenda era apenas aprovado ou rejeitado pelo legislativo.

3.4 A edição de medida provisória e a tripartição dos poderes

Como explanado acima, a necessidade foi abordada como uma fonte do direito, pois determinadas situações em que há uma urgência da atuação do estado, este precisa atuar como garantidor da ordem social, assim os institutos da medida provisória, bem como outros semelhantes, surgem para dar agilidade em determinadas situações.

De modo que o instituto ora estudado é uma exceção, devendo ser usado apenas em situações relevantes e urgentes, como exigido pela constituição, pois se

trata uma função atípica do poder executivo e uma exceção a tripartição dos poderes.

No entanto, a partir do momento em que os requisitos do instituto não são respeitados, haverá uma crise das funções governamentais e um descumprimento a tripartição dos poderes, princípio fundamental da constituição, como será explanado no próximo capítulo.

4. A FUNÇÃO ATÍPICA DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS E OS REFLEXOS NA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A partir da clássica teoria da tripartição dos poderes de Aristóteles o Estado passou a ter determinadas atribuições que com o tempo se estruturaram em três, conforme teoria de Montesquieu, e assim denominados poder legislativo, executivo e judiciário, exercida por órgãos diferentes.

As constituições que adotaram a tripartição dos poderes foram adaptando a teoria as realidades sociais, assim a tripartição atualmente usada no Brasil é mais flexível quanto o exercício das funções.

4.1 Das funções típicas e atípicas dos poderes

É pertinente elencar as funções típicas e atípicas de cada poder, conforme a constituição, com maior foco no executivo; o legislativo tem a função precípua de legislar e a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Executivo, de forma atípica o legislativo pode exercer a função de natureza executiva quando dispuser sobre sua organização, provendo cargos, concedendo férias, licenças a servidores, ou de natureza jurisdicional quando o senado julga o presidente da República nos crimes de responsabilidade;

O judiciário tipicamente julga, aplica a lei e diz o direito no caso concreto, de forma atípica, cria o regimento interno dos tribunais e administra os magistrados e servidores;

Por fim, o executivo tem a função principal de administrar e praticar atos de cheia e de governo, funções políticas, e de acordo com Montesquieu (2007), um dos intuitos do poder executivo é manter a ordem interna, bem como a ordem externa, está por meio da soberania, a função atípica de natureza jurisdicional o executivo julga litígios administrativos, e finalmente de natureza legislativa o executivo edita medida provisória com força de lei.

4.2. Do sistema de freios e contrapesos

O sistema de freios e contrapesos surgiu na Inglaterra, tendo por base princípios da teoria de Montesquieu, em que uma função faria determinados atos de

outra para limitar a atuação daquele e vice-versa, surgindo então um controle automático entre os poderes, assim afirma Bonavides (2012, p.150):

Como a natureza das coisas não permite a imobilidade dos poderes, mas o seu constante movimento, são eles compelidos a atuar de concerto, harmônicos, e as faculdades enunciadas de estatuir e de impedir antecipam já a chamada técnica *checks and balances*, dos pesos e contrapesos, desenvolvida posteriormente por Bolingbroke, na Inglaterra, durante o século XVIII.

Assim, cada poder, cede parte de sua função para que outro a exerça, do mesmo modo que poderá exercer outras funções atípicas a sua.

O sistema de freios e contrapesos proporciona um equilíbrio entre os poderes, evitando que a atuação exclusiva cause o desequilíbrio nas funções estatais, como exemplo tem a edição de medida provisória pelo chefe do poder executivo.

É de conhecimento de todos que a criação de leis é de competência do legislador, e os atos da administração devem seguir o princípio da legalidade devendo fazer apenas o que a lei prever, assim como o executivo tem a competência de administrar, este fica condicionado as leis criadas pelo legislativo, mas fazendo o uso do sistema de freios e contrapesos, foi possibilitado ao chefe do executivo a criação de medidas provisórias para dar agilidade em sua atuação, assim em casos relevantes e urgentes o presidente não precisa esperar até que o legislativo crie a lei, podendo editar medida provisórias com efeitos imediatos de lei.

4.3 O poder executivo no exercício de sua função atípica

Como discutido ao longo do presente trabalho, a divisão dos poderes é um dos principais instrumentos para a manutenção de uma constituição e de um Estado Democrático de direito, pois é a partir dela que é possível estabelecer funções e fiscalizar essas atribuições por meio do sistema consolidado dos freios e contrapesos.

Assim para a manutenção do sistema de freios e contrapesos, um poder exerce de forma atípica a função de outro poder.

Como visto, o executivo tem sua atuação pautada na aplicação das leis criadas pelo legislativo, já que a administração deve se limitar apenas no que está

na lei. Dito isto, temos como exceção a principal função atípica do poder executivo, a capacidade normativa, que conforme a constituição no art. 59 nos incisos IV, V e VII como normas de competência do Poder Executivo, respectivamente, a lei delegada; a medida provisória; e a resoluções.

4.3.1 Da superioridade histórica do poder executivo

Ao logo do trabalho foi possível verificar que o poder executivo no Brasil sempre exerceu uma posição de superioridade em relação aos demais poderes, mesmo diante da regra afirmada por John Locke (2008) de que o legislativo seria o poder mais importante, tendo em vista ser a representação direta do povo, como prova do engrandecimento histórico do poder executivo temos as constituições brasileiras, que muitas vezes de forma discreta e outra vezes nem tanto, ampliou a atuação da função executiva transformando em poder.

A criação de um quarto poder na constituição imperial é uma evidencia da ampliação dos poderes executivo, já que quem exercia o poder moderador e o mesmo que exercia o poder executivo, pratica que se renovou de diversas formas ao longo das constituições, como o surgimento do decreto lei, que em determinado momento pode ser usado sem qualquer restrição, o executivo legislando como se fosse sua função típica.

Por vezes foram feitas alertas da falta de igualdade entre os poderes, refletindo em algumas constituições que passaram a proibir a possibilidade de legislação por parte do executivo. Mas em determinados casos não foi suficiente, o executivo mais uma vez mostra seu poder quando dissolve o congresso nacional e implanta um regime militar demasiadamente autoritário, sem qualquer respeito ao princípio da separação dos poderes, mesmo com uma constituição resguardado a separação igualitária dos poderes como a de 1946.

Após tantas desigualdades entre os poderes, a constituição de 1988 tenta valorar ao máximo a separação dos poderes de forma harmônica e independente, prevendo logo no artigo segunda do texto original os três poderes e garantindo a estes a independência a cada um e a harmonia entre todos, assim delimitou cada função. Porém, seguindo a tendência de outros países, adotou também o sistema de freios e contrapesos, já estudado, para que mais uma vez não houvesse um poder maior entre a tripartição.

De tal modo que, após todo o esforço do legislador constituinte em prezar pela tripartição dos poderes de forma plena, há tempos o Brasil vive uma realidade totalmente diferente do idealizado, e mais uma vez tendo como protagonista o poder executivo e como sujeito passivo o poder legislativo e ainda como objeto do impasse a edição de medidas provisórias.

4.3.2. Do uso disforme do instituto da medida provisória pelo Poder Executivo

Primordialmente o legislador constituinte buscou no instituto da medida provisória um meio para a atuação célere do Estado em casos de necessidade, aos moldes da origem italiana do instituto, de início, as críticas se voltaram apenas quanto ao fato do instituto ser compatível com o sistema de governo parlamentarista, haja vista que o brasileiro é presidencialista, no entanto, ao longo dos anos foi perceptiva a distorção dos objetivos do instituto, diante da discricionariedade do chefe do executivo em elencar o que é relevante e urgente no caso concreto, levando ao uso desmedido do instituto

Como exposto no presente trabalho, de acordo com o texto original do artigo 62 da constituição de 1988, não havia proibição quanto a possibilidade de reedições seguidas das medidas, assim desde o surgimento do instituto das medidas provisórias na constituição de 1988 até a entrada em vigor da emenda constitucional 32 em setembro de 2001, foram editadas 616 medidas provisórias originais e 5.513 reedições, no total de 6.102, dessas apenas 22 foram rejeitadas, segundo dados do site da casa civil, ainda conforme os dados desta, temos a seguir o números iniciais do uso das medidas de acordo com cada governo.

No primeiro governo após o início da vigência da constituição de 88 o então presidente José Sarney, editou 125 medidas, das quais 22 foram reeditadas e 96 foram convertidas em lei, apenas nove foram rejeitadas, tudo em um período de dois anos.

De 1990 a 1992 no governo do então presidente Fernando Collor de Mello houve um total de 89 medidas provisórias editadas, bem como 70 reedições, 11 rejeições e 74 medidas foram convertidas em lei. A partir deste governo as reedições passaram a ser usadas de forma demasiadamente comum, pois os presidentes constataram que com a reedição pouco importava se o congresso nacional iria avaliar o conteúdo da medida.

No governo do presidente Itamar Franco de 1992 a 1994, foram editadas 142 medidas provisórias, e mais que o dobro de reedições, exatamente 363, das quais nenhuma foi rejeitada e 71 foram convertidas em lei.

Nenhum outro governo marcou tanto com um número de medidas provisórias como o de Fernando Henrique Cardoso entre o período de janeiro de 1995 a dezembro de 1998, o então presidente editou 160 medidas provisórias originárias, das quais apenas uma foi rejeitada, mas o que marcou foram as 2.449 vezes que as medidas foram reeditadas; segundo Marcelo Raulino (2008) antes da emenda constitucional 32 era comum que os presidentes passassem os mandatos governando por meio de medidas provisórias, como exemplo, a medida provisória que criou o plano real foi reeditada 73 vezes até ser convertida em lei; por fim 130 medidas foram convertidas em lei pelo congresso nacional. Vale a observação de que o país não passava por nenhuma situação de extrema urgência e necessidade que não pudesse esperar pela atuação do Estado por meio do poder legislativo, o fato é o executivo passou a legislar de forma típica, pois as mais diversas matérias eram objeto das medidas, como, reajustes salariais, plano de carreira e outras matérias que deviam seguir o trâmite legislativo normal.

Na primeira parte do segundo mandato do presidente Fernando Henrique (de 1999 até 2001) foram editadas 103 medidas provisórias, sendo uma rejeitada e 98 aprovadas.

Percebe-se pois que durante um curto período de tempo os chefes do executivo elencaram mais de seis mil situações de relevância e urgência. Assim tornou-se perceptível o uso descabido do instituto, já que o chefe do executivo passou a legislar como se sua função fosse descumprindo assim a separação dos poderes.

De forma que não é proibido o exercício de funções diversas pelos poderes, pois como vimos esta é a essência do sistema de freios e contrapesos, porém o que não é admitido pela tripartição dos poderes é o exercício de uma função atípica como se típica fosse.

Como resultado dos atos normativos do executivo, surge então uma proposta de emenda à constituição visando delimitar o instituto, já que como visto no capítulo anterior, a tramitação da medida provisória interfere diretamente no funcionamento do congresso. Finalmente em 2001 é promulgada a emenda nº 32, o

principal efeito causado pela emenda foi proibir a reedição das medidas de forma sucessiva, além de limitar o conteúdo.

A modificação ocasionada pela emenda constitucional nº 32 dificultou a reedição das medidas, mas o chefe do executivo continuou a editar um número expressivo de medidas, pois havia o entendimento que os critérios de relevância e urgência eram apenas políticos.

Ao final do segundo governo de Fernando Henrique Cardoso, período entre 2001 e 2002 (16 meses) foram editadas 102 medidas, das quais 14 foram rejeitadas e 88 aprovadas pelo congresso. Verifica-se que a principal mudança foi a não reedição das medidas, mas que ainda sim foi considerável o número de medidas originárias.

Nos governos seguintes como o do ex-presidente Lula, nos dois mandatos foram editadas um total de 419 medidas provisórias, das quais mais de 285 foram convertidas em lei.

Vale ressaltar que o objetivo do presente trabalho não é criticar o instituto da medida provisória, ou até mesmo o número de edições, pois apenas esses dados não seriam suficientes para expressar o momento da edição, o intuito é analisar o instituto, juntamente com os dados e as circunstâncias, e a partir daí buscar responder questionamentos pertinentes.

Percebe-se, pois, que o uso indevido do sistema de freios e contrapesos acarreta lesão direta a separação dos poderes, haja vista que a edição de medidas provisórias possibilita a não dependência do poder executivo em relação ao legislativo, em casos de relevância e da urgência, porém, a partir do momento em que o instituto é usado além dos limites estará ferindo diretamente o princípio da razoabilidade e da separação dos poderes.

Parece estar vencida a afronta a tripartição dos poderes devido às reedições das medidas, no entanto, a proibição da reedição leva a edição, que neste caso é plenamente possível.

4.3.2.1. Dos dados recentes das medidas provisórias

Após as mudanças ocasionadas pela emenda constitucional 32, o número de medidas provisórias passou a diminuir consideravelmente, uma vez que os poderes começaram a sentir a crise institucional que dera início pelo uso descabido

das medidas, assim temendo o agravamento da situação os dados foram se modificando com o tempo. De acordo com site da secretaria de governo da Presidência da República (2018), as medidas provisórias editadas não alcançaram números tão expressos quando do início do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, conforme tabela abaixo:

Tabela- Número de medidas provisórias editadas entre os anos de 2011 a 2017

ANO	NÚMERO DE MEDIDAS PROVISÓRAS EDITADAS
2011	36
2012	45
2013	35
2014	29
2015	43
2016	56
2017	50

Fonte: http://www.secretariadegoverno.gov.br/sobre/assuntos_parlamentares/medidas-provisorias

Em um período de sete anos foram editadas 264 medidas provisórias, uma média de 38 medidas por ano. Quanto ao ano de 2017 das 50 medidas editadas, apenas 16 foram convertidas em lei, 18 estão em tramitação, 6 foram revogadas, 10 tiveram sua vigência encerrada e uma foi vetada parcialmente. Quanto aos números de 2018, em janeiro já foram editadas 3 medidas provisórias.

Comparando os dados apresentados com anos anteriores, a diminuição foi expressiva, no entanto não quer dizer que os requisitos constitucionais estão sendo cumpridos.

De fato, hoje a situação está amena, mas ainda há impasses no que diz respeito aos limites discricionários do chefe do executivo quanto a edição das medidas.

4.3.3 O uso disforme do instituto pós emenda constitucional 32

A renovação do instituto pós emenda constitucional nº32 se dá por meio da discricionariedade e da autonomia política do chefe do executivo em decidir os

requisitos da relevância e da urgência, já que conforme massa doutrinária, os requisitos constitucionais da medida provisória seriam critérios políticos que não podiam ter mérito questionado, caso contrário estaria o judiciário invadindo o juízo de valor do presidente. Mas cabe o questionamento, O que estará fazendo o executivo fazendo quando ultrapassar as margens dos requisitos constitucionais? Ora, outra resposta não há senão invadindo a competência de outro poder.

Com a finalidade de sedimentar o pensamento anteriormente exposto, é pertinente fazer a análise de uma medida provisória recente e a partir daí verificar se houve respeito aos pressupostos constitucionais.

4.3.3.1 Análise dos pressupostos constitucionais da medida provisória 746/ 2017

Como mencionado ao longo do trabalho, em alguns momentos da história, determinadas nações passaram por circunstâncias que demandaram uma atuação célere do Estado, surgindo assim um meio normativo baseado na necessidade, de competência do chefe do executivo, já que o mesmo tem o dever de administração.

O fato é que, no Brasil o instituto baseado na necessidade, constantemente é usado em situações que não demandam imediata atuação do Estado o que fere diretamente a divisão dos poderes, pois se trata de situação dada pelo sistema dos freios e contrapesos para ser usado em circunstâncias urgentes e relevantes, caso contraria há expressa invasão na competência alheia, no caso a legislativa.

Ante o exposto, é pertinente analisar o conteúdo da medida provisória 746 de 2017, e a exposição de motivos da mesma, e a partir daí verificar se aquela está em conformidade com os objetivos do legislador constitucional quando da implantação do instituto.

A média ora estudada tem por objetivo modificar a lei que estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB, a fim de estabelecer modificações quanto a organização dos currículos do ensino médio, e a ampliação do Ensino Médio em Tempo Integral. Quando apresentada a proposta, as medidas devem ter de forma expressa os requisitos constitucionais.

Exposição da relevância e da urgência da medida 746/2017:

Aprofundando-nos no aspecto da urgência, há que se considerar que, dada a oscilação do quantitativo populacional brasileiro,

observa-se que o desafio nacional é ainda mais amplo. No período de 2003 a 2022, é estimado que a população jovem brasileira atinja seu ápice, alcançando por volta de 50 milhões dos habitantes. A partir disso, inicia-se uma queda projetada em 12,5 milhões de jovens, de modo que este é o momento mais importante e urgente para investir na educação da juventude, sob pena de não haver garantia de uma população economicamente ativa suficientemente qualificada para impulsionar o desenvolvimento econômico.

Isso é reflexo de um modelo prejudicial que não favorece a aprendizagem e induz os estudantes a não desenvolverem suas habilidades e competências, pois são forçados a cursar, no mínimo, treze disciplinas obrigatórias que não são alinhadas ao mundo do trabalho, situação esta que, aliada a diversas outras medidas, esta proposta visa corrigir, sendo notória, portanto, a relevância da alteração legislativa. (grifamos) (Exposição de motivos, Media Provisória 746, 2017)

No que diz respeito a relevância, a medida supõe que seja relevante a modificação das disciplinas estudadas no ensino médio, pois os jovens devem ser preparados para o mercado de trabalho. Os motivos alegados do ponto de vista comum podem ser considerados relevantes, já que o Brasil passa por constantes modificações econômicas e sociais.

Já quando a urgência, eis que paira as principais críticas, pois de acordo com a exposição de motivos, a medida é urgência porquê de acordo com estimativas feitas, até 2022 a população de jovens alcançará o ápice e a partir daí o número de jovens começará a cair e a população passaria a envelhecer, assim seria necessário qualificar os jovens para garantir o futuro, e assim deve ser modificada a atual forma de ensino médio.

A constituição não apresenta conceito do que seja urgente, no entanto exemplifica uma situação de urgência no art. 167 “§ 3º:

“A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.”

Tomando por parâmetro o presente artigo, fica claro as verdadeiras situações que o constituinte pretendeu chamar de urgente.

Portanto, no presente caso, levando em consideração o exemplo expresso da constituição, não há que falar em urgência na edição da medida analisada, pois os fatos alegados além de futuros são incertos, o que por obvio não configura urgência.

Porém, como é um ato político discricionário do chefe do executivo, que inclusive foi aceito pelo legislativo, já que a medida foi convertida na Lei 13.415/2017, inicialmente não há delongas a fazer quando ao mérito do feito, o que não impede de ser questionada no judiciário por inconstitucionalidade, haja vista que conforme a análise dos pressupostos constitucionais, só estaria presente a relevância quando há necessidade concomitante da urgência, por conseguinte seria fundamento também a violação ao princípio da separação dos poderes.

Portanto, o chefe do executivo não poder usar da sua liberdade/discricionariedade de escolha para usurpar uma função que não lhe cabe, assim é necessário que em determinados casos o judiciário adentre no mérito da questão para que não aja afronta a separação dos poderes.

4.4 O posicionamento do STF quanto à intervenção das medidas provisórias no princípio da tripartição dos poderes

Inicialmente os questionamentos quanto aos requisitos e o uso das medidas provisórias se restringiram a esfera legislativa, principalmente sobre cunho político, haja vista tratar-se de um poder valorativo do presidente da república, no entanto não demorou para que o poder judiciário fosse questionado quanto aos limites do instituto.

A princípio o Supremo Tribunal Federal quando questionada sobre os pressupostos de admissibilidade da medida provisória, não emitiu juízo valorativo quanto ao assunto, afirmando apenas que se trata de questões de caráter político, fugindo à órbita jurisdicional, posicionamento firmado em 2000:

No que concerne à alegada falta dos requisitos da relevância e da urgência da Medida Provisória (que deu origem à Lei em questão), exigidos no art. 62 da Constituição, o Supremo Tribunal Federal somente a tem por caracterizada quando este objetivamente evidenciada. E não quando dependa de uma avaliação subjetiva, estritamente política, mediante critérios de oportunidade e conveniência, esta confiada aos Poderes Executivo e Legislativo, que têm melhores condições que o Judiciário para uma conclusão a respeito. (STF, ADIn 1.717-MC, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 25-2-2000)

Após o agravamento da situação quanto ao uso excessivo das medidas provisórias, o STF passou a modificar seu entendimento, vejamos:

A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. - Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo - quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material -, investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de "checks and balances", a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República. - Cabe, ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes. (STF, ADIn 2.213-mc, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23-4-2004)

A suprema corte brasileira na ADIn 2.213-MS refletiu o posicionamento aqui levantado acerca do uso descabido das medidas provisórias, sobretudo quanto a intervenção de um Poder na função típica do outro, e as consequências ocasionadas dessa apropriação institucional, como o enfraquecimento da forma tripartite dos poderes, principalmente quanto ao poder legislativo, pois este tem sua principal função usurpada de forma explícita por outro poder, e por conseguinte todos os cidadãos e os Estados federados são atingidos de forma indireta considerando-se que são representados pela Câmara dos Deputados e pelo Senado respectivamente. Assim, com a flexibilização da relevância e da urgência para uma maior abrangência desse instituto causa uma desconformidade com todo o direito de forma sistemática, seja quanto as normas ou princípios.

4.4.1 Do controle de constitucionalidade das medidas provisórias

Como expresso durante todo o trabalho, os poderes devem ser independentes e harmônicos, estando a independência na autonomia de cada um executar sua função típica sem a necessidade do consentimento dos demais, e a

harmonia está na aplicação do sistema de freios e contrapesos, quanto a essa, está a possibilidade de um poder interferir nos atos do outro quando no exercício das funções atípicas, que no presente trabalho corresponde a autoridade normativa do poder executivo. Desse modo, o controle pode ser político, quando ocorrer a análise de conversão ou não da medida em lei, ou controle jurisdicional que será feito pelo poder judiciário.

Quando submetido ao judiciário, o controle pode ser quanto a matéria da medida provisória, pois conforme art. 62 da constituição, há matérias que não podem ser objeto de medida provisória, portanto o judiciário poder ser acionada em casos de descumprimento do artigo mencionado; pode haver questionamento judicial quanto ao mérito, no sentido da compatibilidade com as normas constitucionais, bem como, quanto ao procedimento de edição das medidas; por fim o controle quanto aos pressupostos constitucionais da relevância e da urgência, pois como mencionado acima, são pressupostos sem conceituação vinculada, estando dentro da discricionariedade do chefe do executivo, mas que excepcionalmente pode ser analisado pelo judiciário, conforme entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, vejamos:

Conforme entendimento consolidado da Corte, os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados de "relevância" e "urgência" (art. 62 da CF), apenas em caráter excepcional se submetem ao crivo do Poder Judiciário, por força da regra da separação de poderes (art. 2º da CF) (STF, ADI 4.029, rel. min. **Luiz Fux**, j. 8-3-2012, P, *DJE* de 27-6-2012)

Portanto, em respeito ao princípio da tripartição dos poderes e em virtude do sistema de freios e contra pesos, o judiciário só poderá analisar os pressupostos de admissibilidade das medidas provisórias em casos excepcionais para garantir a ordem entre os poderes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise detalhada do princípio da tripartição dos poderes aos moldes da teoria de Montesquieu, desde o surgimento até a consolidação como princípio fundamental das constituições, bem como foi possível relacionar o princípio com o meio normativo baseado na necessidade de atuação célere do Estado o importante instituto constitucional da medida provisória, e a partir daí extrair a problemática constante da necessidade de relação harmônica entre os poderes.

Como exposto ao longo do trabalho, o princípio da tripartição dos poderes proporcionou a estruturação das funções governamentais do Estado, que se desenvolveram em poder legislativo, executivo e judiciário, e que de forma mais aprimorada se atrelou ao sistema de freios e contrapesos, havendo assim as funções típicas e atípicas de cada poder. Como destaque no presente trabalho, o poder executivo no exercício de sua função atípica detém a prerrogativa constitucional de editar medidas provisórias.

De modo amplo, foi possível constatar que desde a consolidação da tripartição dos poderes na primeira constituição, o poder executivo sempre aparece em destaque em relação aos demais poderes, seja por exercer o poder moderador na constituição imperial, ou por editar decreto-lei sobre qualquer matéria como no ato institucional número 2 na constituição de 1946, assim, os atos excedentes do poder executivo no exercício de sua função atípica são voltados a sua prerrogativa normativa.

Seguindo o entendimento constatado anteriormente, o poder executivo continua a exercer de forma excedente atribuição atípica dada pela tripartição dos poderes juntamente com o sistema de freios e contrapesos quando da edição de medidas provisórias, pois como elencado ao longo do desenvolvimento, o chefe do executivo usou do instituto para finalidades diversas, como quando reeditou medidas renovando a mesma urgência e a relevância por anos, do mesmo modo que elegeu relevante e urgente situações totalmente distintas das elencadas pelo constituinte originário e tomadas como parâmetro.

Como uma das consequências dos resultados precedentes, tem o descumprimento direito da norma constitucional quanto à independência e harmonia ente os poderes, como visto, ao momento que um poder excede as atribuições

típicas e atípicas estará interferindo no exercício independente do outro, por conseguinte, estará afetada a harmonia ente eles.

O resultado ora exposto decorre dos objetivos elencados inicialmente neste trabalho e alcançados ao longo do desenvolvimento, assim como ilustração da evolução da divisão de poderes foi possível contatar a importância do princípio para sociedades que possuem uma base normativa atrelada a constituição, pois a divisão de poderes é um dos garantidores do Estado democrático de direito.

A compreensão de todo o instituto da medida provisória como um dos objetivos, possibilitou o entendimento desde o surgimento até a concretização das medidas na constituição, e o real objetivo do legislador constitucional originário ao trazer o instituto para o ordenamento jurídico brasileiro, e a partir daí contatar os excessos do chefe do executivo no uso de sua atribuição atípica quando edita medidas provisórias.

Após o alcance dos objetivos anteriores foi possível relacionar o instituto da medida provisória e o princípio da separação dos poderes e depreender que quando aquele é usado de forma indevida, contrariando a finalidade do próprio instituto, bem como da constituição, estará em risco não só o princípio relacionado, mas todo o sistema jurídico, haja vista ser o princípio umas das bases do ordenamento.

Diante dos resultados obtidos, percebe-se que, a teoria da tripartição dos poderes, assim como o sistema de freios e contrapesos, não são pensamentos iniciados e finalizados em si, mas teorias que devem ser dinamizadas e atualizadas em conformidade com a evolução da sociedade. Assim, pretendendo a dinâmica da teoria da separação dos poderes o presente trabalho buscou contribuir para engrandecimento do assunto, bem com o fortalecimento do mesmo.

Portanto as discussões acerca do tema não se esgotam aqui, haja vista a ampla abrangência do assunto, sendo possível a continuidade a partir da propositura de meio normativos que deem mais segurança na utilização do instituto da medida provisória, bem como, ao princípio da separação dos poderes.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. **Constituição. Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**, 1988.

_____. **CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRASIL 1824**, Brasília, disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm acesso em 16 fev.2018

_____. Casa civil, Presidência aa Republica, **Medidas provisórias 2015 a 2018**, Brasília, disponível em : < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/MPV/Quadro/Quadro2015-2018.htm> acesso em 16 fev.2018

_____. Casa civil, Presidência aa Republica, **Medidas provisórias 2011 a 2014**, Brasília, disponível em : < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/MPV/Quadro/Quadro2011-2014.htm > acesso em 16 fev.2018

_____. Congresso Nacional. **Resolução nº1 de 2002**, Brasília Congresso Nacional, em 8 de maio de 2002. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescon/2002/resolucao-1-8-maio-2002-497942-normaatualizada-pl.html> . Acesso em: 15 de fev. 2018.

_____. Senado Federal. **Historia das constituições, constituição 25 anos**, Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/especiais/constituicao25anos/historia-das-constituicoes.htm> . Acesso em: 15 de fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.213-MC/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Melo. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 23 de abril de 2004. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI-MC+2213+DF%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h9u2xch> , acesso em 14 fev 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23.452-MC/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência,

Acórdãos, 12 de maio de 2000. Disponível em <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000020700&base=baseAcordaos> , acesso em 14 fev 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.717-MC/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Sydney Sanches. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 20 de fevereiro de 2000. Disponível em <
<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=809>>, acesso em 14 fev 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. **Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em fev 2018.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf, acesso em 15 fev. 2018

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33 Ed. Ver. e at. São Paulo: Saraiva, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Trad. Alex Marins, São Paulo. Martin Claret: 2003.

LOURO, Dênio José Rodrigues. **MEDIDAS PROVISÓRIAS: Impacto e Efeitos negativos produzidos para o Parlamento Brasileiro à luz da Emenda Constitucional nº 32, de 2001**. Brasília, 2014, disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/513281/TCC%20-%20Denio%20Jose%20Rodrigues%20Louro.pdf?sequence=1> acesso em 14 fev. 2018

MACHADO, Luís Fernando Pires. **MEDIDAS PROVISÓRIAS: GÊNESE, CAUSAS E EFEITOS**. Brasília, 2008, disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-deestudos/outras-publicacoes/volume-ii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-o-exercicio-da-politica/medidas-provisorias-genese-causas-e-efeitos> .Acesso em 14 fev 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 9ª Ed. Método, São Paulo 2014.

ROCHA, Alcimor Neto. **Controle de Constitucionalidade das Medidas Provisórias**. Editora Lumen Jus: Rio de Janeiro, 2010.

RAULINO, Marcelo- Lula **edita 345 medidas provisórias em 71 meses**, 2008. Disponível em: <http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/nacional/lula-edita-345-medidas-provisorias-em-71-meses-1.505910>. acesso em 14 fev. 2018