

O PODER MODERADOR E A SUPREMACIA EXECUTIVA APÓS 1988*

THE MODERATOR POWER AND THE EXECUTIVE SUPREMACY AFTER 1988

*Telmo Olímpio**
Wanny Fernandes****

Resumo. O presente artigo elabora um panorama em que possam ser compreendidas as relações do Poder Moderador no Brasil- Império com a Supremacia Executiva desenvolvida ao longo tempo. Busca-se assim, entender de que forma a atual configuração do Poder Executivo, após a Constituição de 1988, manteve a longa trajetória brasileira de um domínio do Poder Executivo sobre os demais poderes da República. Conveniência ou acomodação estrutural do poder? Visa-se responder esta pergunta como modo de contribuir com o estudo sobre as instituições brasileiras e seu comportamento na contemporaneidade, procurando soluções para as crises que exigem, cada vez mais, uma atuação ágil e veloz destas mesmas instituições. É imperioso, neste artigo, um estudo profundo das raízes de nosso Poder Executivo dentro da estrutura estatal como forma conceber conceitos e noções que ajude a compreendê-lo e garanta o seu bom funcionamento.

Palavras-chave: Poder Moderador; Supremacia Executiva; Teoria Institucional.

Abstract. This article presents an overview that can be understood as the relations of the Moderator Power in Brazil-Empire with Executive Supremacy developed throughout the twentieth century. The aim is thus to understand how the current configuration of the Executive after the Constitution of 1988 has maintained the long trajectory of a Brazilian domain of the Executive Branch over the other branches of government. Structural power convenience? The objective is to answer this question as a way to contribute to the study of Brazilian institutions and their behavior in contemporary times looking for solutions to the crises that require increasingly agile and speedy action of these same institutions. In this article, it is imperative a study of the roots of our state structure to ensure its proper development.

* Este artigo foi elaborado no âmbito do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI) vinculado à Faculdade Nacional de Direito (FND) e ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), com financiamento do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) pela concorrência do Edital Universal de 14/2013 (Processo 483289/2013-2); da Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ) pela concorrência do Edital APQ1 - Auxílio à Pesquisa Básica 2013/1 (Processo E-26/111.351/2013) e do Edital 41 de 2013 - Apoio a Grupos Emergentes de Pesquisa no Estado do Rio de Janeiro (Processo E-26/110.095/2014),. Página oficial do LETACI: <http://letaci.com/site>

** Graduando em Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Monitor de Teoria do Estado. E-mail: telmo.olimpio@gmail.com.

*** Graduada em Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Bolsista de Iniciação Científica – CNPq. E-mail: wanny.fernandes@gmail.com.

Keywords: Moderator Power; Executive Supremacy; Institutional Theory.

1. Introdução

O Brasil conta 190 anos em que o Estado vive sob a égide de um modelo de Constituição Codificada. A primeira delas, com maior tempo de vida, a de 1824, possui uma diferença notável em comparação às Constituições posteriores: o Poder Moderador¹. Embora se viva hoje os 25 anos da Constituição Cidadã², ainda não se consegue delimitar adequadamente a atuação do Poder Executivo e o seu diálogo e maleabilidade com o Legislativo e o Judiciário.

Neste contexto de solidificação de uma nova Constituição, enfrenta-se ainda questões pouco discutidas como o excesso de Medidas Provisórias, a capacidade legiferante do Poder Executivo ou, ainda, a demasiada influência que o Poder Executivo exerce sobre o Supremo Tribunal Federal. Os presentes questionamentos interferem diretamente na configuração do princípio constitucional da Separação de Poderes³ e, por conseguinte, na cristalização da tenra democracia brasileira.

Em vista de analisar estas questões, toma-se como hipótese que se pode ainda vislumbrar desdobramentos deste 4º Poder Imperial na formação, na importância e nas atribuições do Poder Executivo brasileiro.

Parece, *prima facie*, que após sua extinção na primeira Constituição Republicana de 1891, o Poder Moderador se restringiu a um passado. No entanto, aprofundando nosso olhar para a forma de transição do período Imperial ao Republicano, que aconteceu sem grandes revoltas ou revoluções populares, apreendemos que a figura do Presidente incorporou em vários aspectos o que estava resguardado à moderação imperial. E nisto consiste a questão que devemos tratar neste artigo.

A proposição inicial é, portanto, a de que o Poder Moderador do Brasil Império influenciou nossa história constitucional. Deste modo, permitiu uma Supremacia Executiva, refletida em um grande número de imputações ao Poder Executivo em todas as Constituições. Nesta análise, objetivamente, pretende-se tratar do Poder Moderador e do Poder Executivo, mais especificamente suas implicações históricas e seu reflexo nas

¹ O Poder Moderador que se analisa está delimitado no exposto pela Constituição do Brasil de 1824, sendo o quarto poder detentor da força coativa frente aos demais poderes. BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**.

² Constituição Cidadã é um título conferido à Constituição Brasileira de 1988, como marco histórico na consagração dos direitos do homem como cidadão.

³ O conceito de *Separação de Poderes* é bem antigo, visto desde a Grécia clássica. No entanto, a ideia que temos hoje foi basicamente formulada por Montesquieu e aperfeiçoada mais tarde por Madison nos Estados Unidos, com o *check and balances*. Apesar de ter perdurado no tempo, a tripartição dos Poderes tem ficado, cada vez mais, defasada e antiquada para a contemporaneidade. O que segue neste artigo é uma prova disso.

Constituições brasileiras desde 1891 até os dias atuais. Tomando materialmente seu desenho e configuração na legislação nacional ao longo do tempo.

Precisamente sobre a ideia de uma vida constitucional para além do texto, pode-se conceber que a influência do Poder Moderador ao longo do tempo não depende de sua prescrição no diploma legal. Sob este broquel, entende-se como o desacoplamento estrutural do Poder Executivo⁴ se desenvolveu, tornando-o forte e causando sua sobrepujança sobre os demais poderes da república.

Como método adotado, visa-se a um mapeamento destes poderes estatais no Brasil Imperial desde o Primeiro Reinado, perpassando pela vida Republicana até a Constituição de 1988. Métodos comparativos se fizeram presentes, neste artigo, para a análise das Constituições de 1824 e 1988. Para a clarividência dos argumentos apresentados, utiliza-se ainda de gráficos acerca da produção legislativa e um estudo de caso da lei que criou o Instituto Chico Mendes; tomando isto como forma de aferir a Supremacia Executiva após 1988. Faz-se também preciso uma análise do comportamento do Poder Executivo frente aos outros poderes e vice-versa; cotejando uma hegemonia executiva.

Neste painel, aspira-se demonstrar que existe uma tendência na organização institucional brasileira que leva a uma preponderância do Poder Executivo, tendo em vista a quantidade e a pujança de suas competências constitucionais. Avaliando, assim, o Poder Moderador como ditame propulsor deste modelo de arranjo institucional no Brasil.

Nesta expedição, tem-se como marco teórico a teoria institucional norte-americana, trazendo como expoente de estudo sobre o Poder Executivo a obra *Executive Unbound* de Posner e Vermeule. No cenário nacional, toma-se como determinante a obra *Sua Majestade o Presidente do Brasil* de Ernest Hambloch.

Para a proposta deste artigo, é necessário analisar três aspectos fundamentais de modo a constatar o impacto do Poder Moderador na conformação das instituições brasileiras após a promulgação da Constituição de 1988: (i) o Poder Moderador como um recorte histórico-institucional para compreender o exercício do Poder Executivo em conformidade com a vivência constitucional contemporânea; (ii) a vida constitucional brasileira como aspecto fundamental na manutenção da preponderância executiva; e (iii) a Supremacia Executiva que se desenvolveu após 1988 a partir da quantidade de atribuições, da configuração e dos casos emblemáticos do Poder Executivo.

⁴ Esta ideia é precisamente o cerne do livro *The Executive Unbounded*, que é uma importante referência para este artigo. Cf. VERMEULE, Adrian. **The Atrophy of Constitutional Powers** (January 6, 2011). Harvard Public Law Working Paper No. 11-07.

2. Poder Moderador: recorte histórico-institucional

O Poder Moderador presente na Constituição de 1824 é um ponto de partida que abre possibilidade de analisar a formação do Poder Executivo no Brasil para além dos aspectos estritamente jurídicos, aliando, assim, as perspectivas histórica e política. Somente deste modo, pode-se chegar a um desenho fiel da realidade em que se possa compreender o atual exercício do Poder Executivo após a Constituição Cidadã de 1988.

Deste modo, o Poder Moderador, apesar de ter sido idealizado pelo pensador francês Benjamin Constant⁵, só teve vida útil no Brasil e em Portugal. Fazendo, portanto, deste instituto jurídico algo genuinamente atrelado às raízes brasileiras. Desse modo, busca-se na história nacional a concepção das instituições políticas e jurídicas de modo a contribuir com uma Teoria Institucional do Brasil. Ajudando, pois, a compreender os fenômenos e crises contemporâneas a fim de superar dificuldades com a agilidade que os dias hodiernos exigem.

De olhos fitos sobre o Poder Moderador, é elementar a análise de que a Constituição de 1824 o delineou em seu texto como primordial para o exercício do poder político, mas também firmou a figura do Imperador como uma união hipostática dos papéis do Executivo e do Moderador. Em síntese, no primeiro passo vislumbra-se o marco da Carta Constitucional de 1824.

O extenso período de duração da Constituição de 1824, em um total de 65 anos que jamais foi alcançado por nenhuma outra Constituição que a seguiu, nos faria acreditar na fonte de estabilidade política provinda de suas notáveis diferenças para com as demais: a Monarquia, enquanto forma de governo; e o Poder Moderador, como um sistema de garantir plenos poderes ao Imperador. Neste sentido, é que o texto constitucional de 1824 define o Poder Moderador como “a chave de toda a organização Política⁶.”

Para além disso, encontramos ainda na primeira Constituição do Brasil, uma série de atribuições conferidas ao Imperador como detentor do Poder Moderador, conforme lemos em seu artigo 101, como nomear Senadores; sancionar decretos e resoluções da Assembleia Geral, dando-lhes força de lei; aprovar e suspender interinamente resoluções dos Conselhos

⁵ O idealizador do conceito de Poder Moderador foi o pensador francês de origem suíça *Henri-Benjamin Constant de Rebeque* (1767–1830). Conforme a sua concepção, o poder real em uma Monarquia Constitucionalista desempenha uma função natural, que seria a de um mediador neutro, sendo capaz de resolver conflitos entre os três poderes instituídos e também entre as facções políticas. Os únicos países a aplicarem a teoria de Benjamin Constant foram o Brasil, entre 1824 e 1889, e Portugal, entre 1826 e 1910.

⁶ Isto pode ser confrontado na Constituição Política do Império do Brasil de 1824, artigo 98, *ipsis litteris*: “o Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.”

Provinciais; suspender Magistrados; prorrogar ou adiar a Assembleia Geral, e dissolver a Câmara dos Deputados, podendo convocar outra de imediato para substituir aquela, nomear e demitir livremente Ministros de Estado e perdoar ou moderar penas impostas a réus condenados por sentença, dentre outras competências.

Já no artigo 102, ainda na Constituição do Império, a função de Chefe do Poder Executivo atribuída ao Imperador lhe concede poderes, entre tantos, para nomear Magistrados e Bispos, controlar as Forças Armadas, prover empregos civis e políticos e expedir decretos.

Antes do golpe republicano de 1889, o Brasil constituiu aos poucos sua própria forma de arranjo político, e mantinha o Imperador como figura central deste modelo. Neste sentido é que encontramos também, no epicentro, o Poder Executivo que controla o judiciário pela nomeação de Magistrados, a Igreja pela nomeação de Bispos e as Forças Armadas. Assim, pode-se conceber que desde a primeira formação da conjuntura jurídica e política do Brasil houve privilégio ao Poder Executivo para superação de crises, dissolução de conflitos e como mantenedor da estabilidade nacional.

No Brasil, o Imperador teve importância primaz para o desenho do Poder Moderador idealizado por Benjamin Constant. Esta união hipostática que vivemos entre os poderes Executivo e Moderador no período imperial brasileiro se revela claramente como uma inovação institucional das relações de poder.

Esta figura fica claramente exposta após a Lei 234 de 23 de novembro de 1841, durante o reinado de Dom Pedro II, na qual foi criado o Conselho de Estado, formado por conselheiros ordinários e extraordinários, escolhidos pelo Imperador e pelos Ministros de Estado. O arremate deste contorno toma forma com o Decreto de 20 de junho de 1847, no qual o Brasil vive sua primeira experiência parlamentarista com o presidente do Conselho de Ministros, porém ainda assim, é necessário destacar que cabia ao Imperador toda esta formação do corpo ministerial.

Apesar de os republicanos vislumbrarem no modelo presidencialista norte-americano um novo horizonte para o Brasil, não se pode deixar de lado que, de modo pujante, a figura do Imperador representou grande influência diante dos primeiros anos da República, nos governos dos Marechais Deodoro da Fonseca e Floriano Peixoto. Pode-se talvez atribuir a esta não-radicalidade de mudanças na estrutura do poder governamental que impediu revoltas e crises neste momento de ruptura.

A importância do Imperador se desvela como de fundamental importância para compreendermos o desenvolver da história política do Brasil. Isto se dá, sem dúvida, pela

união de poderes em uma única pessoa, configurando o mais alto grau de centralidade política que se viveu até hoje.

3. A Vida Constitucional Brasileira

Sob a égide do Poder Moderador, devemos analisar a vida constitucional brasileira, ou seja, o modo que o texto da Constituição é vivido e aplicado para além de seus aspectos jurídicos, mas justamente na forma que ele se entrelaça com a política, com a história e, necessariamente, com os valores do povo⁷. Afinal de contas, devemos compreender a Constituição como a consagração dos valores e princípios que a sociedade já vive ou, ainda, deseja viver.

Assim sendo, a Constituição tenta encerrar no presente aquilo que o povo, com seu poder, estabelece como valores e se configura como uma meta a ser alcançada. Por isto, é comum que encontremos, em diversas Constituições, uma série de direitos ainda por se efetivarem. Haja vista, não se pode esperar que a simples alteração textual em um dispositivo constitucional gere uma mudança significativa e imediata em país. Na verdade, é necessário o amadurecimento e a vivência constitucionais e uma mutação nos valores morais da sociedade, para que se possa modificá-la e vê-la progredir.

O que se deseja tratar, portanto, é que a simples mudança do período imperial para o republicano ou, ainda, a mudança de uma Constituição para outra não é capaz de transformar radicalmente o sentimento e a vida própria que a Constituição (não a escrita, mas aquela que está nos valores da própria sociedade) possui. Com efeito, é notável que o Poder Moderador, apesar de não mais existir, moldou de certa maneira a vivência constitucional brasileira e pode persistir mesmo que não presente textualmente, nem aplicado tal como previsto.

Analisa-se, assim, que a marca que nos legou o Poder Moderador está intimamente atrelado aos períodos autocráticos subsequentes da história brasileira. Sob este legado, pode-se conceituar que há uma Constituição vivida que está por trás da Constituição escrita.

⁷ Não é possível conceber a vida constitucional sem o desejo do povo. Afinal de contas, nele encontramos a titularidade do poder de constituir juridicamente e conformar politicamente as forças do Estado. O resguardo dos direitos das minorias deve estar a serviço de uma sociedade capaz, cada vez mais, de desenvolver os indivíduos de forma completa. "A existência atual de regimes denominados liberal-democráticos ou de democracia liberal *leva a crer que liberalismo e democracia sejam interdependentes*." Segundo Bobbio, o liberalismo, num acepção comum como um Estado de funções limitadas que se opõe tanto ao absoluto como o que determinamos de social. Já por democracia entende-se uma das várias formas de governo onde o poder não está nas mãos de poucos, ou seja, contrapondo-se ao governo autocrático. BOBBIO, Noberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000. p.20.

3.1. A marca indelével do Poder Moderador

Não há a ingenuidade de se pensar que o Poder Moderador se perpetuou na vida constitucional brasileira tal qual ele foi arquitetado. Isso seria, antes de tudo, um completo absurdo. Entretanto, o que se busca analisar é como este instituto do direito constitucional reverberou na história e contribuiu densamente para uma Supremacia do Poder Executivo frente aos demais poderes constitucionais.

Poderia se perguntar se esta força do Poder Executivo não já está explicada pelo simples contexto em que surgiu o presidencialismo nos Estados Unidos da América, do qual seríamos até então uma cópia. Não parece, contudo, que a ojeriza norte-americana pelo Parlamento inglês e seu pacto federativo, que muito atribuíram poderes ao Presidente da República, possa explicar de modo clarividente a instauração de uma Supremacia Executiva no Brasil. Caso se concorde com o fato de que há muitas diferenças entre a realidade presidencialista norte-americana e a brasileira, haverá de concordar-se também que isto é devido às origens e cenários distintos em que a ideia presidencialista se desenvolveu.

Não obstante, o Poder Moderador, como instituto notável no ordenamento jurídico brasileiro, tanto pela pujança quanto pela quase exclusividade com a qual foi aplicado ao Brasil, pode ser considerado o precursor de uma gravidade latente conferida ao Poder Executivo e, por sua vez, à pessoa do Presidente da República.

A potência instrumental que nos foi legada pelo Poder Moderador, pode ser figurada por um constante autoritarismo na história. Esta força pode ser vista pelo fato de que jamais se criou, no Brasil, mecanismos capazes de impedir uma dominação por parte do Poder Executivo. Em dissonância, o que encontramos nos textos que segue estes períodos autocráticos é um requinte democrático no exercício do Poder Executivo, como as Medidas Provisórias, presentes na Constituição de 1988.

Esta marca indelével de que se pode falar consiste tanto na organização administrativo-política estatal como também nos anseios e possíveis soluções apresentados pelo povo ao longo do tempo. Se por um lado, desde a Constituição de 1891, todas mantiveram em um nível consideravelmente alto o poder conferido ao Presidente da República. Por outro lado, nenhuma das experiências politicamente traumáticas de períodos autocráticos retirou do Poder Executivo suas fortes atribuições. Dessa maneira, pode-se, pois, compreender que a vida constitucional brasileira está fortemente marcada pela preponderância executiva, desde o Poder Moderador.

3.2. Os períodos autocráticos

Após o advento da República em 1889 e logo após a promulgação da Constituição de 1891⁸, o Brasil viveu períodos de autoritarismo que, se no início, visavam a não-fragmentação do território brasileiro, mais tarde deu sinais de que era, de certo modo, algo próprio da vida constitucional brasileira. Por isso tivemos idas e vindas, até nos firmamos como uma democracia a partir de 1988, situação que tem perdurado por 25 anos.

Dentre os períodos autocráticos, pode-se destacar: de 1889 a 1891, Governo Provisório Republicano; da Revolução de 1930 até 1934, durante a Nova Ordem Constitucional; de 1937 a 1935, o Estado Novo; a partir 1964 até 1985, viveu-se o Regime Militar. É fundamental que se veja como a vida constitucional e os valores disseminados no Brasil impediam que a simples mudança no texto constitucional prevalecesse sob o *modus operandi* de governar. Por este motivo, vemos de forma clara retrocessos a cada período de autoritarismo no país.

Neste cenário, consegue-se ver de que forma a vida constitucional funciona com maleabilidade, não aderindo rigidamente à Constituição escrita. Por esta fresta gerada pela disparidade do que se vive e daquilo que se consagra na Carta Constitucional, vê-se perpassa a influência que o Poder Moderador exerceu e exerce sobre a hegemonia executiva.

3.3. Constituição Invisível

Esta visão de que a vida constitucional está muito além daquilo que encerra o texto de uma Constituição nacional, sem as vicissitudes morais, políticas, históricas *et coetera*, gerou um conceito elaborado por Laurence Tribe de *Invisible Constitution*⁹. Este conceito leva em conta que além daquilo que é visível em uma Constituição, ou seja, o seu texto, há uma infinidade de aspectos invisíveis, que podem superar o próprio texto, dada sua grandeza e sua força.

⁸ “Os elaboradores da Constituição brasileira de 1891 prenderam o vagão político brasileiro aos Estados Unidos, não pelas suas convicções, mas porque julgaram conveniente assim proceder. Tinham de inventar alguma coisa para justificar a inesperada derrubada da Monarquia. Além disso, outras repúblicas latino-americanas tinham mais ou menos copiado dos Estados Unidos seu direito constitucional básico, e para a nova República Brasileira adaptar os métodos parlamentares franceses ou ingleses ao seu novo regime teria sido simplesmente confirmar a evolução das liberdades políticas gozadas durante a monarquia brasileira. Este teria sido um começo demasiadamente monótono!” HAMBLOCH, Ernest. **Sua Majestade o Presidente do Brasil: Um estudo do Brasil Constitucional (1889-1934)**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. p. 57.

⁹ O conceito formulado por *Laurence Tribe* ajuda a compreender como a vivência dos valores constitucionais contribui para o entendimento e até interpretação do texto constitucional. Aplicando ao que se estuda neste artigo, pode-se contemplar que a forte vivência do Poder Moderador nos legou um valor, uma confiança exacerbada do Poder Executivo que permitiu por parte de uma dominação. Apesar de não mais presente no texto este valor de “Moderação Executiva” molda e constrói aplicação que se dar a Constituição de 1988. Cf. TRIBE, Laurence H. **The Invisible Constitution**. New York: Oxford University, 2010.

A Constituição Invisível traz uma análise profunda e imperiosa para se compreender como o Poder Moderador impregnou a vivência constitucional brasileira, permitindo ao Poder Executivo manter um alto grau de competências e contribuições, mesmo levando em conta a experiência traumática de governos autocráticos. Não parece haver dúvida de que nossa Supremacia Executiva é sumamente brasileira, havendo poucos aspectos de importação de modelos estrangeiros.

É impensável que o texto constitucional, por mais prolixo que seja, consiga abarcar todas as complexas questões pertinentes as sociedades hodiernas¹⁰. Para resolver estas demandas, a *Invisible Constitution* se mostra como um conceito preciso para compreensão da trajetória e dos momentos constitucionais brasileiros. Pode-se dizer que se a Constituição escrita fosse uma pequena ilha, a *Invisible Constitution*, por assim dizer, corresponderia ao denso e profundo o oceano que a cerca.

Neste quadro, abarca-se que a vivência da Constituição de forma prática gera situações e estados que não são necessariamente previstos pela ordem jurídica. Estão, estes aspectos, contudo, ligados intimamente à própria expectativa da nação de suprir suas necessidades e solucionar as dificuldades administrativas e políticas de jeito não só eficiente, mas, sobretudo, eficaz.¹¹

4. Supremacia Executiva pós-88

Até este ponto, o que tentou-se demonstrar é de que forma o Poder Moderador moldou a realização das Constituições do Brasil ao longo do tempo, tendo sua expressão na arquitetura do Poder Executivo. Sob esta conformação, é que temos concentrada nossa hipótese para analisar com caráter contundente o Executivo após a Constituição de 1988.

Nos pontos anteriores, buscou-se, a princípio, compreender a importância histórica do Poder Moderador para o desenho institucional brasileiro. Almejou-se também a viabilidade de

¹⁰ “In our society, these are questions about what the constitution has to say about government power and its limits. The questions aren’t imaginary; they are predicated on actual cases – and they’re just the tip of the constitutional iceberg. We all look to the Constitution for the answers to such questions, but the Constitution we can see – the *visible* Constitution – doesn’t spell the answers out in its text. The book is about the *invisible* Constitution to which we must turn for answers. Cf. *ibidem*, p. 2.

¹¹ “As transformações econômicas no contexto da globalização também exigem gestão pública flexível, com decisões ágeis (incluindo as normativas) para que sejam viáveis a regulação e fiscalização estatal e comunitária, diante da dinâmica das relações sociais. Assim, a partir de meados do século XX, a ideia de ‘governo’ ou de ‘poder governamental’ está associada ao Poder Executivo, que ampliou sua capacidade normativa para legislar e também para executar políticas de planificação macroeconômica no âmbito interno, bem como maximizando a importância de sua atuação internacional (p.ex., diplomacia no mundo globalizado dependente de ajustes e acordos multilaterais), aspectos que afetam diretamente a configuração de funções com a proeminência do Poder Executivo.” FRANCISCO, José Carlos. Comentário ao artigo 76. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1183.

promover distinções entre o Poder Moderador e o moderno Poder Executivo para uma tentativa de aperfeiçoamento do comportamento institucional brasileiro. Assim sendo, entendeu-se que a falta de exploração sobre estas perspectivas impedem um panorama coerente e razoável das implicações do Poder Moderador na vida constitucional brasileira¹².

A partir das considerações supracitadas, deseja-se como ponto alto deste artigo elaborar um painel do exercício do Poder Executivo depois do processo de redemocratização que se iniciou com um fim do Regime Militar e a promulgação de uma nova Constituição. Nesta campanha, é primordial entender a relação entre a Supremacia Executiva no Brasil e os momentos de crise, sopesando a flexibilização da divisão de Poderes como ator fundamental na hegemonia de que se está a tratar.

Nesta direção, analisar-se-á a configuração do Executivo e seus diálogos institucionais com o Poder Legislativo e com o Poder Judiciário.

4.1. Configuração do Poder Executivo

A Separação de Poderes¹³, que a Constituição de 1988 trata em seu artigo 3^o¹⁴, tem sofrido de forma bastante brusca as rápidas mudanças que o mundo tem vivido. Neste quadro, a necessidade de tomadas ágeis de decisão tem conferido ao Poder Executivo uma importância primaz para o funcionamento do país. Este fato fica evidente na quantidade de atribuições, no quadro de funcionários e na centralidade de poder que qualificam o Executivo.

¹² “Mesmo os brasileiros estudiosos de economia política e com boas leituras de direito constitucional parecem, em sua maior parte, incapazes de construir a ponte mental pela qual seu conhecimento livresco passe a uma aplicação adequada aos problemas nacionais. Há astigmatismo na visão de suas próprias condições econômicas e políticas, e eles demonstram uma peculiar inabilidade em colocar seus conhecimentos teóricos em foco com as suas necessidades práticas. É como se tivessem deixado em suas bibliotecas tudo que adquiriram dos livros e ficassem, ao emergir em seu próprio dia de trabalho mundano, cegos pela luz do dia real.” HAMBLOCH, Ernest. **Sua Majestade o Presidente do Brasil: Um estudo do Brasil Constitucional (1889-1934)**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. p. 27-28.

¹³ “Diversos fatores fragilizam o modelo clássico da Separação de Poderes, destacando-se as constantes crises dos sistemas capitalistas (decorrentes de flutuações conjunturais), a substituição do sufrágio censitário pelo universal, os movimentos sociais com amparo ideológico, científico e religioso, as sociedades de consumo de massa, e a ampliação da urbanização. Alguns pressupostos do sistema liberal não se confirmaram concretamente, pois, de fato, os indivíduos são hipossuficientes (em maior ou menor proporção, conclusão que não está assentada só no aspecto econômico, mas também no cultural), e a harmonia natural impunha grandes sacrifícios sociais e empresariais (p.ex., a depressão capitalista na década de 1930). FRANCISCO, José Carlos. Comentário ao artigo 76. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1183.

¹⁴ O artigo 3^o da Constituição do Brasil de 1988, *ipsis litteris*: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Talvez possamos considerar uma formulação pareça um pouco antiquada para as dificuldades contemporâneas e atuais críticas que vem sofrendo. Isto, sem dúvida, revela uma dificuldade de mudança, por causa do costume da vida constitucional.

Conforme divulgado pelo IPEA em 2009¹⁵, o Poder Executivo concentrava 79% dos empregos públicos, frente a apenas 21% dos demais Poderes da República. Este dado revela a influência não só econômica mas também de atividades desenvolvidas dentro do Executivo. Além disso, o Poder Executivo detém atividades essenciais para vida pública como o funcionamento de bancos e universidades, de segurança pública e previdência social, entre outros.

Quanto a quantidade de atribuições, isto fica claro pela Constituição de 1988, primeiramente, pelo rol de 27 incisos de atribuições conferidas ao Presidente no artigo 84. Logo nos artigos seguintes ainda veremos um série de responsabilidades e competências aferidas ao Executivo privativamente. Isto evidentemente é um elemento do próprio presidencialismo que une as figuras do Chefe de Governo e do Chefe de Estado em uma única pessoa: o Presidente da República.

É no Presidente da República que encontramos uma diferença crucial para as cúpulas dos demais Poderes. O Poder Judiciário, conta com 11 ministros no Supremo Tribunal Federal¹⁶ e o Legislativo com 513 Deputados Federais¹⁷ na Câmara de Deputados e 81 Senadores¹⁸ no Senado Federal; totalizando 594 em todo Congresso Nacional. Neste quadro, vislumbramos que esta centralidade no Poder Executivo o torna o poder mais ágil e competente para agir em crises que necessitem de acelerada superação¹⁹.

4.2. Executivo versus Legislativo: as Medidas Provisórias

¹⁵ A fonte destes dados podem ser consultadas on-line no sítio do IPEA na internet: <http://www.ipea.gov.br>. Curiosamente, este órgão tem suas atividades ligada ao Poder Executivo, contribuindo com os dados demonstrados. Além disso, esta pesquisa foi divulgada nacionalmente, e pode ser conferida a partir da reverberação na imprensa como no sítio da Globo.com pelo seguinte link: <http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL14146409356,00EXECUTIVO+CONCENTRA+DO S+EMPREGADOS+DO +SETOR+PUBLICO+DIZ+IPEA.html>.

¹⁶ Este dado está legislado pela Constituição Federal de 1988 no seu artigo 101, *ipsis litteris*: “O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.”

¹⁷ Este dado está legislado pela Lei Complementar n. 78 de 30 de dezembro de 1993.

¹⁸ Este dado está legislado pela Constituição Federal de 1988 no seu artigo 46, *ipsis litteris*: “O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário. § 1º. Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores, com mandato de oito anos.”

¹⁹ Podemos aqui ter como uma referência Carl Schmitt, uma vez que ele foi um dos autores mais contundentes ao tratar do Poder do Soberano. Isto fica muito bem exposto na frase pela qual principia uma de suas mais importantes obras *Teologia Política*: “Soberano é o que decide sobre a exceção.” Atualmente, vive-se um série de dificuldades nas quais podemos enxergar pequenos estados de exceção. Esta ideia de Carl Schmitt contribui substancialmente para entendermos o Poder Executivo hoje e suas atribuições. Cf. SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2006.

Nos diálogos institucionais entres os Poderes Executivo e Legislativo, o que tem tomado grande espaço no debate público são as Medidas Provisórias²⁰. Ao tentar se debruçar sobre esta questão, são levantadas com frequência apenas duas hipóteses para o uso quantitativo de Medidas Provisórias: o abuso por parte do Executivo; ou a deliberada complacência dentro do Poder Legislativo. No entanto, parece antes de tudo que se trata de uma acomodação da própria vida constitucional à norma positiva, uma vez que tornou-se contumaz apropriação do Executivo em matérias de atribuição legislativas.

No seu artigo 179, a Constituição de 1824, inciso XXXV²¹, já encontramos o recurso legal da medida provisória, diferente de como temos hoje em dia. Consistia, no Brasil Império, de uma medida excepcional para invasão de inimigos ou perigo iminente para o país. Analogamente, a Constituição também prevê condições como urgência e relevância. Entretanto, a amplidão teórica destes conceitos tem impedido a excepcionalidade da medida provisória; tornando-a corriqueira e banal.

Os números podem revelar isto com ainda mais clareza. Afinal de contas, desde a edição da Emenda Constitucional n.32²² de 2001 até 30 de setembro de 2013, haviam sido editadas 625 medidas provisórias. Este fato revela que edita-se uma medida provisória no Brasil, aproximadamente, a cada 7 dias.²³

Podemos ainda conferir de acordo com o gráfico²⁴ abaixo que aponta para uma efetiva predominância do Poder Executivo na produção normativa do Brasil, seja pela edição de medida provisória ou na iniciativa de leis ordinárias e complementares.

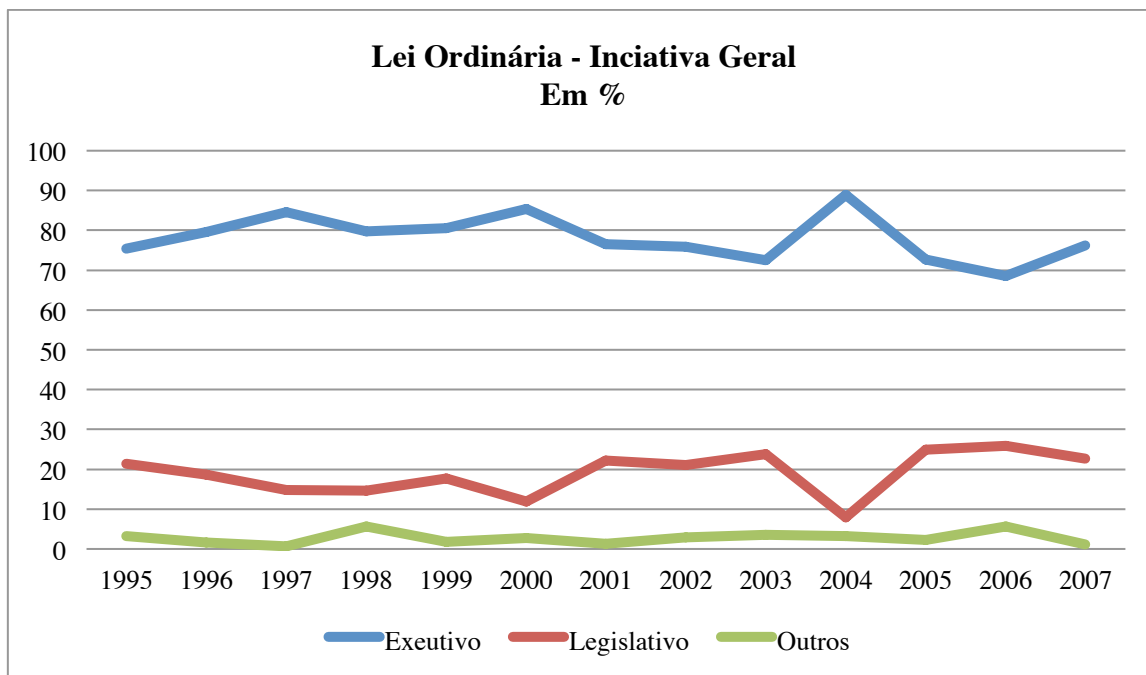
²⁰As medidas provisórias, como se vê hoje, são espécies normativas que nasceram a partir da Constituição Federal de 1988. São atos normativos expedidos pela presidência da República, conforme o artigo 62 ao prelecionar que “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-la de imediato ao Congresso Nacional.”

²¹ Encontrar-se legislado pela Constituição Política do Imperio do Brazil no seu artigo 179, XXXV, *ipsis litteris*: “Nos casos de rebelião, ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado, que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades, que garantem a liberdade individual, poder-se-ha fazer por acto especial do Poder Legislativo. Não se achando porém a esse tempo reunida a Assembléa, e correndo a Patria perigo imminente, poderá o Governo exercer esta mesma providencia, como medida provisoria, e indispensavel, suspendendo-a immediatamente que cesse a necessidade urgente, que a motivou; devendo num, e outro caso remetter á Assembléa, logo que reunida fôr, uma relação motivada das prisões, e d'outras medidas de prevenção tomadas; e quaesquer Autoridades, que tiverem mandado proceder a ellas, serão responsaveis pelos abusos, que tiverem praticado a esse respeito.”

²² A Emenda n. 32 alterou o artigo 62, da Constituição de 1988, tentando limitar o uso de medidas provisórias pelo Poder Executivo. No entanto, como podemos ver nos dados apresentados, em seguida, não se pode falar em uma mudança real e significativa.

²³ Os dados tem como fonte o sítio da internet do Planalto, no qual, estas informações podem ser recolhidas com facilidade. Acesse: <<http://www2.planalto.gov.br>>.

²⁴ Este gráfico está disponível na Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados e pode ser acessado através de <https://bd.camara.gov.br>. O gráfico foi fornecido pela Secretaria Geral da Mesa da Câmara dos Deputados com base em um estudo realizado pelo PSDB. TAVARES FILHO, Newton. Excesso na Edição de Medidas Provisórias. Biblioteca Digital da Câmara: Brasília, 2008. p. 15.



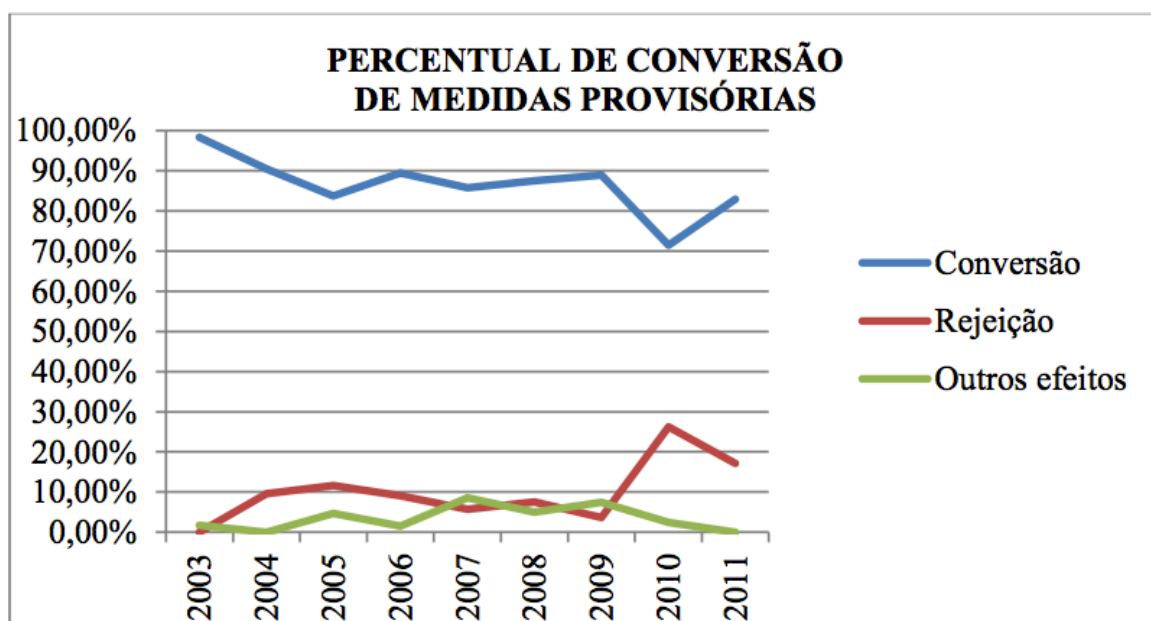
Como é expresso pelo gráfico, vê-se que o Poder Executivo tem um papel majoritário para as iniciativas de lei em geral²⁵, o que pode constatar uma ingerência executiva no Congresso Nacional. Este caso também pode ser visto quanto as Emendas Constitucionais²⁶.

Percebe-se, ainda, com maior clareza a capacidade legiferante do Poder Executivo ao analisar as porcentagem de Medidas Provisórias convertidas em leis que beira a totalidade de edições. Conforme pode-se visualizar no gráfico²⁷ que segue:

²⁵ “Moreover, the executive branch already had the power of provisional measures, which do not require legislative intervention for immediate action. According to this hypothesis, the legislative allocation of provisional measures does not stem from a showdown, crisis or delegation, but from a de jure primary constitutional provision.” BOLONHA, Carlos; SEPÚLVEDA, A. G.; RANGEL, Henrique; CARNEIRO, I. B. C.; KAYAT, R. **A Convenient Path for the Brazilian Branches of Government: Executive Supremacy**. In: Maryland Constitutional Law Schmooze, 2013, Baltimore - MD (USA). Maryland Constitutional Law Schmooze Collections. Baltimore - MD (USA): Digital Commons@UM Carey Law, 2013. p. 4.

²⁶ A Constituição de 1988 foi emendada 82 vezes até julho de 2014. Percebe-se que “quase 1/3 (um terço) das emendas constitucionais já aprovadas até então são de iniciativa do Executivo. Partindo-se do pressuposto de que a tramitação de um Projeto de Emenda à Constituição se desenvolve no âmbito do Legislativo federal, seria uma razão significativa, uma vez que o Executivo estaria dando ensejo a reformas constitucionais com a frequência de uma Casa Legislativa.” BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique. **Governabilidade e Capacidade para Emendar: O Poder Executivo e as Emendas Constitucionais**. In: CONPEDI. (Org.). Anais do XXII Congresso Nacional do CONPEDI. 22ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 379.

²⁷ Cf. LAZARI, Igor; BOLONHA, Carlos. **A Conveniente Supremacia do Poder Executivo vis-à-vis a Coordenação Constitucional de Poderes**. Livros do XXII Anais do Congresso Nacional do CONPEDI/UNINOVE. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. 1, p. 230. (No quadro, observa-se que 87% das Medidas Provisórias foram convertidas em lei. Ademais, a Emenda Constitucional 32/01, que objetivava, supostamente, constringer a edição de Medidas Provisórias, estendeu a discricionariedade presidencial. Em qualquer, as MP’s podem ser definidas um “constitutional evil, that many people regard as necessary or positive”.)



Sob esta apreciação, deriva-se uma interferência contundente do Poder Executivo nas atribuições do Poder Legislativo, não só como que moderando sua atuação, mas como tomando cada vez mais espaço na edição de leis. Assim sendo, contempla-se neste estudo que há ainda desdobramentos do Poder Moderador na condução política do Brasil, uma vez que, o Poder Executivo se apresenta como protagonista na produção normativa.

4.3. Executivo versus Judiciário: o caso do Instituto Chico Mendes

Consoante à análise das relações entre o Poder Executivo e o Legislativo quanto a capacidade legiferante, deseja-se agora desvelar a influência executiva no Poder Judiciário; mais precisamente sobre o Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula deste poder. O Presidente da República é o responsável por indicar Ministros à Suprema Corte e, neste sentido, já exerce influência sobre a formação do mais poderoso órgão judiciário do país. Entretanto é mais eficaz para proposta deste artigo que tomemos um caso prático e exemplificativo para se aferir com propriedade o que se afirma. Desse modo, utilizar-se-á o emblemático caso do Instituto Chico Mendes²⁸ cujos autos marcaram significativamente a posição da corte suprema frente o Executivo.

²⁸ O caso do Instituto Chico Mendes é emblemático para o direito constitucional brasileiro porque se trata de uma revisão na decisão do Supremo Tribunal Federal em menos de 24 horas. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4029) foi proposta pela Associação de servidores do IBAMA alegando vícios formais e materiais na feitura da lei 11.516/07 que criara o Instituto Chico Mendes, a partir da Medida Provisória nº 366/07. Apesar de serem descartados os vícios materiais, o erro formal levou ao STF julgar como inconstitucional a lei em 7 de março de 2012 com efeitos *ex tunc*. A decisão foi posta a prova quando, em 8 de março de 2012, a Advocacia Geral da União entrou em defesa da lei alegando que, caso fosse aplicado os

Este caso se trata da Lei 11.516 de 2007 que resultou da conversão da Medida Provisória nº 366 de 2007 na referida lei. Neste trabalho, não cabe uma explanação detalhada sobre o caso. Por isto, isolaremos a situação a fim de compreender-se o diálogo travado entre os dois poderes e para que se possa aferir a pujança do Executivo presente no caso.

Neste caminho, o que se torna de importante destaque é a mudança do acordão que declarou a inconstitucionalidade da lei²⁹ que criou o Instituto Chico Mendes em menos de 24 horas. Revelando como o Executivo conseguiu reverter o quadro que denunciou a inconstitucionalidade formal da norma positivada³⁰.

A decisão foi alterada em virtude da Advocacia Geral da União a qual atentou para insegurança jurídica da decisão que causaria a declaração de inconstitucionalidade de mais 500 leis aproximadamente. Temendo a confusão e instabilidade que a decisão tomada poderia gerar, o STF reverteu a decisão, deixando-a com efeitos nulos por dois anos, até que fosse editada uma nova lei e declarando seus efeitos como *ex nunc*.

Pode-se perceber, sob este ajuste apressado na decisão do STF, uma capacidade do Poder Executivo de regular e de certo modo interferir na atuação do Poder Judiciário. Como se vê, o excesso de Medidas Provisórias e sua conversão em lei com vícios formais, atrofiou a capacidade do STF de declarar a inconstitucionalidade do ato normativo³¹, no presente caso. Nesta direção, observa-se que esta necessidade de um Poder Executivo controlador tem se conformado com texto constitucional modificando sua interpretação e eficácia; assim como aponta o conceito de *The Invisible Constitution*.

Sob este exame, decorre uma ingerência contumaz do Poder Executivo na atividade exclusiva do Poder Judiciário, não só como que moderando sua atuação, mas como tomando cada vez mais espaço. Sendo assim, classifica-se neste quadro que há ainda desdobramentos

efeitos estipulados pelo STF, teriam que ser declaradas inconstitucionais cerca de 500 leis editadas de idêntico modo; entre elas a do Bolsa Família e a do Minha Casa, Minha vida.

²⁹ A Lei 11.516/07 feriu o artigo 62, § 9º, da Constituição Federal de 1988, *ipsis litteris*: “Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.” O ferimento do artigo 62, § 9º, foi apontado pelo Ministro Luiz Fux: “A magnitude das funções das Comissões Mistas no processo de conversão de Medidas Provisórias não pode ser amesquinhada. Procurou a Carta Magna assegurar uma reflexão mais detida sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo, evitando que a apreciação pelo Plenário seja feita de maneira inopinada. Percebe-se, assim, que o parecer da Comissão Mista, em vez de formalidade desimportante, representa uma garantia de que o Legislativo seja efetivamente o fiscal do exercício atípico da função legiferante pelo Executivo.”

³⁰ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4029.

³¹ Cf. VERMEULE, Adrian. **The Atrophy of Constitutional Powers** (January 6, 2011). Harvard Public Law Working Paper No. 11-07.

do Poder Moderador na condução política do Brasil, uma vez que, o Poder Executivo se apresenta como ator capaz de modificar decisões do Supremo Tribunal Federal.

5. Conclusão

O Poder Executivo, tal como se configurou depois da Constituição de 1988, apresenta uma proeminência notável quando o confrontamos com o Legislativo e o Executivo. Entretanto, temos que considerar a marca do Poder Moderador, como raiz história desta Supremacia Executiva no Brasil.

A proposição final é, pois, a de que o Poder Moderador do Brasil Império marcou de maneira influente nossa história constitucional. Permitindo não só uma Supremacia Executiva como uma atuação atinada quando cotejada com os outros poderes. Nesta análise, objetivamente, materializou-se a marca do Poder Moderador como instituto e valor constitucional reverberante.

Como aspecto importante, a *Invisible Constitution* se mostra um conceito capaz de trazer resposta para além daquelas que encontramos na Constituição escrita. O que se percebe é que o Poder Moderador, como marca de influência do Poder Executivo, se apresenta como um valor invisível que está por volta de nossas constituições subsequentes; chegando até os dias hodiernos também na Constituição Cidadã de 1988.

Consonantemente, percebe-se que a Supremacia Executiva está ancorada na conveniência do Legislativo e do Judiciário para o enfrentamento ágil de crises e conflitos na ordem estatal. Este fato, evidencia-se no excesso de Medidas Provisórias e na revisão de uma decisão judicial feita pelo Poder Executivo, como o caso do Instituto Chico Mendes. Comprova-se, portanto, que se pode ainda vislumbrar desdobramentos do Poder Moderador na formação, na importância e nas atribuições do Poder Executivo brasileiro.

6. Bibliografia

BOBIO, Noberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique. **Governabilidade e Capacidade para Emendar: O Poder Executivo e as Emendas Constitucionais**. In: CONPEDI. (Org.). Anais do XXII Congresso Nacional do CONPEDI. 22ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 365-391.

BOLONHA, Carlos; SEPÚLVEDA, A. G.; RANGEL, Henrique; CARNEIRO, I. B. C.; KAYAT, R. **A Convenient Path for the Brazilian Branches of Government: Executive Supremacy**. In: Maryland Constitutional Law Schmooze, 2013, Baltimore - MD (USA). Maryland Constitutional Law Schmooze Collections. Baltimore - MD (USA): Digital Commons@UM Carey Law, 2013.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

HAMBLOCH, Ernest. **Sua Majestade o Presidente do Brasil: Um estudo do Brasil Constitucional (1889-1934)**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

LAZARI, Igor; BOLONHA, Carlos. **A Conveniente Supremacia do Poder Executivo vis-à-vis a Coordenação Constitucional de Poderes**. Livros do XXII Anais do Congresso Nacional do CONPEDI/UNINOVE. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. 1, p. 220-237.

POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. **The Executive Unbound: After The Madisonian Republic**. New York: Oxford University Press, 2010.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2006.

STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

TAVARES FILHO, Newton. **Excesso na Edição de Medidas Provisórias**. Biblioteca Digital da Câmara: Brasília, 2008.

TREMBLAY, Luc B. **General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law**. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 23, No. 4 (2003), p. 525-562.

VERMEULE, Adrian. **The Atrophy of Constitutional Powers** (January 6, 2011). Harvard Public Law Working Paper No. 11-07.

TRIBE, Laurence H. **The Invisible Constitution**. New York: Oxford University, 2010.

WALDRON, Jeremy. **The Core of the Case Against Judicial Review**. Yale Law Journal, Vol. 115 (2006), p. 1346-1406.

