

**A TEORIA DA SUJEIÇÃO NORMATIVO-JURÍDICA CONSTITUCIONAL
COMO AFIRMAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES PELA
UNIFORMIDADE DE REGRAS REGIMENTAIS PREPONDERANTES NO
PROCESSO LEGISLATIVO**

**THE THEORY OF ENTRY STANDARD LEGAL-CONSTITUTIONAL CLAIM AS
THE PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS BY THE RULES OF
UNIFORMITY IN THE LEGISLATIVE REGIMENTAL PREPONDERANT**

Rogério Piccino Braga¹

RESUMO

O objetivo do texto é, antes de tudo, apresentar a proposta de um novo mecanismo de exercício teórico-jurídico apto a salvaguardar a efetividade da independência harmônica entre os poderes, precipuamente entre o Legislativo e o Executivo. Mais que isso, propiciar a igualdade entre os mesmos, onde o Legislativo se subsume por meio das próprias regras de trâmite de suas proposituras. Fundamentada e arraigada no princípio da Separação de poderes, a Teoria de Sujeição Normativo-jurídica Constitucional, que ora se propõe, reflete um instrumento adequado aos ditames constitucionais atuais e à efetividade de direitos, por meio de um processo legislativo genuinamente constitucional e independente em todas as esferas de governo.

Da pesquisa que se apresenta e dos estudos ora empreendidos para a elaboração do trabalho, pôde-se constatar que as normas regimentais que informam o trâmite das mais variadas proposituras nas Câmaras legislativas federais, estaduais e municipais, ou são editadas intencionalmente mais a contento de uma sobreposição do Poder Executivo, que ali ingressa para o exercício atípico e excepcional da função de legislar, do que do próprio Poder Legislativo. Senão esse o aspecto motivador, a situação se verifica por via de consequências histórico-culturais ou de contexto, que culminam em uma quase que rotineira sujeição normativa ainda que *interna corporis* do Poder Legislativo ao Executivo. Nesse cenário, a

¹ Advogado, mestrando em Direito na área de concentração em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos pela ITE/Bauru, especialista em Direito Municipal, presidente da Comissão de Direito Administrativo da 20ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil/Jaú-SP. Foi assessor jurídico (2009) e diretor jurídico (2011/2012) da Câmara Municipal de Jaú. Autor do livro *Relações de Sujeição Especial no Direito Municipal*

Teoria da Sujeição Normativo-jurídica Constitucional surge como remédio e, ao mesmo tempo como instrumento de prevenção ou extirpador de tais situações, apartada de requintes hipotéticos ou utópicos de desenvolvimento teórico e prático.

PALAVRAS-CHAVE: Separação de poderes; processo legislativo; efetividade de direitos.

ABSTRACT

The purpose of the paper is, first of all, to present the proposal of a new mechanism able to safeguard the effectiveness of the harmonic independence of the branches, as primarily between the Legislative and the Executive theoretical and legal exercise. More than that, providing equality between them, where the legislative is subsumed by the very rules of processing of their propositions. Grounded and rooted in the principle of separation of powers, the Theory of Normative-legal Constitutional Bondage, hereby propose that reflects adequate to current constitutional dictates and effectiveness of rights instrument, through a genuinely independent constitutional and legislative process in all spheres of government.

Research shows that prays and studies undertaken for the preparation of the work, it could be seen that the regulatory norms that inform the processing of various propositions in federal, state and local legislative chambers, or are intentionally edited the satisfaction of a more overlap of the Executive Branch, which enters there for atypical and exceptional exercise of the function of legislating than the legislature itself. Except that the motivating aspect, the situation arises via historical-cultural context or consequences that culminate in an almost routine subjection rules even interna corporis of the Legislative Branch to the Executive. In this scenario, the Theory of Normative-Legal Subjection Constitutional arises as medicine and at the same time as a tool for prevention or ripper such situations, apart from refinements hypothetical or utopian theoretical and practical development.

KEYWORDS: Separation of powers; the legislative process; effectiveness of rights.

Introdução

Não há como considerarmos razoável sob o ponto de vista do Estado Democrático de Direito, a situação de sobreposição do Poder Executivo no exercício excepcional e atípico da função de legislar, em relação ao Legislativo, provocada esta pelo próprio sistema normativo *interna corporis* das Casas de Leis. Sistema, por sua vez, cujo instrumento não pode ser outro, se não o elaborado por meio de Resoluções legislativas, aprovadas em processo legislativo rígido de duplo turno. Eis aqui mais um caso onde a máxima de que “onde se pode o mais, se pode o menos”, não se aplica, vez que não há como se efetivar a materialização de Regimentos Internos de Câmaras legislativas mediante lei, reservados estes a ato normativo de outra espécie, a saber, as Resoluções.

O trâmite processual legislativo das proposituras do Poder Executivo, quando ingressa formalmente em uma Casa de Leis, passa a tramitar como assunto interno, que não se externa na esfera dos indivíduos, já que regulado por normas internas criadas pelo Regimento Interno, materializado por uma Resolução Legislativa.

Há nessa linha a conclusão de que o Poder Executivo submete-se às regras de protocolização, quórum para votação de suas proposituras, análise pelas Comissões, possibilidade de tramitação em regime de urgência, prazo e tempo para discussão, todas impostas pelo Regimento Interno da Casa de Leis, instituído por uma Resolução aprovada tão somente no âmbito do Poder Legislativo. Somam-se às regras do processo legislativo das proposituras do Poder Executivo, por exemplo, os pormenores de uma Comissão Especial de Inquérito, seu trâmite, suas regras no âmbito municipal, a convocação de secretários, entre outros. E é essa sujeição que ressalta a independência entre os Poderes, por mais paradoxal que possa parecer.

O vínculo que o Estado mantém com determinados cidadãos remete aos tempos em que o Estado de Direito apenas fazia parte de um objetivo. A atividade estatal não possuía limites delineados. O regramento de certas atividades figurava em situações extremamente excepcionais e externas, quando terceiros pudessem ser atingidos como destinatários. E, toda vez que a atividade estatal se afasta da legalidade, direitos fundamentais não são alçados como parâmetros de atuação – isso é fato. A esse vínculo, podemos chamar de sujeição especial.

1. A sistemática da Separação de poderes

Antes de adentrarmos à dogmática da “Separação de Poderes”, é salutar que enfrentemos não somente sua origem doutrinária, mas também o que se entende por “poder” político propriamente dito. De fundamental importância acadêmica, as correntes que explicam a Separação de Poderes, os doutrinadores precursores dos estudos que as envolvem e suas teses, costumam não dedicar tempo ao estudo – ainda que breve – do conceito de “poder”, político em nosso caso. Importante, então, entender o que limitar, o que - e o porquê – separar. Vivemos em sociedade e sentimos na pele, desde os primórdios, a necessidade de agruparmo-nos para a obtenção de resultados e da sobrevivência. Da luta pelo alimento até a luta contra os perigos que a vida apresenta, passamos a enxergar a imprescindibilidade da criação de pequenos grupos, pequenas sociedades. Nesses pequenos agrupamentos ganhavam destaque pessoas com características diferenciadas e que passavam a liderar e chefiar os demais a caminho de conquistas e, como dito, da sobrevivência. Surgiam as primeiras autoridades, com poder necessário para organizar as ações do grupo. O ser humano não vive só.

Como tudo na vida tende a se aperfeiçoar, esses pequenos agrupamentos também se organizaram e foram se aperfeiçoando até chegarmos à institucionalização do poder, para a obtenção do bem comum. Surge o poder político do Estado que nos faria as vezes, porém, que, por outro lado limitaria a conduta humana em prol da coletividade. Esse poder, não poderia ser ilimitado e, se concentrado nas mãos de uma só pessoa, se tornaria autoritário e injusto. Foi o que vivenciou a humanidade por muito tempo, até que os primeiros pensadores nos mostraram que ao poder do Estado é imprescindível a imposição de limites. Falávamos, a partir daí, da Separação dos Poderes.

Foi Platão, no século IV a.C., o primeiro a falar em Separação de Poderes como expressão de um Estado justo e moderado. E é da essência da *pólis* platônica, a cidade perfeita de Platão, que extraímos as características por semelhança, de um Estado com tais virtudes. Ao dialogar sobre a *pólis* ideal, Platão elenca três tipos de habitantes: os produtores (bens), os guerreiros (guarnição) e o governo, evidentemente por conta dos governantes (cf. A REPÚBLICA, 419a-480a). Assim o fez por identificar, em diálogo com Adimanto, que somos dependentes uns dos outros e a conseqüente necessidade em vivermos em sociedade:

Penso que um Estado passa a existir porque nenhum de nós é autossuficiente, todos precisando de muitas coisas. Pensas que a criação e formação de um Estado estejam fundadas em qualquer outro princípio? Não. E porque as pessoas precisam de muitas

coisas e porque uma pessoa recorre a uma segunda devido a uma necessidade e a uma terceira devido a uma outra necessidade, muitas pessoas se reúnem num único lugar para viver juntas como parceiros e colaboradores. E a esse estabelecimento denomina-se cidade ou Estado, não é assim? É. E se partilham coisas entre si, dando e recebendo, o fazem porque cada um acredita que isso é melhor para si mesmo? Certamente. Bem, então criemos um Estado e teoria a partir de seus primórdios, cientes de que com certeza de que o seu efetivo criador, como parece, será nossas necessidades (PLATÃO, trad. Edson BINI, 2010, p.91/92).

Ainda no século IV a.C., porém, depois das insinuações de Platão, Aristóteles foi quem trouxe a lume a tripartição dos Poderes.

Primorosa é a obra e fundamentais, em período posterior, são os ensinamentos do Professor Vicente Ráo (1966, p.20), que nos presenteou, ainda na década de 1960, com um alicerce fundado na rocha “*As Delegações Legislativas no Parlamentarismo e no Presidencialismo*”. Em uma época onde quem ditava o direito era o Imperador, a exemplo de Roma, suas determinações e convicções se faziam ordenamento vigente e, como citado pelo autor, *quod principi placuit legis habet vigorem*². Estávamos diante do absolutismo monárquico, onde o Senado e o Pretor³ iam entrelaçando raízes paulatinamente:

Em Roma, por força da *Lex de império*, os imperadores se substituíram, aos poucos, ao senado e ao pretor; e no período da monarquia absoluta, era o imperador a única fonte do direito: *quod principi placuit legis habet vigorem*. Sob o absolutismo monárquico, mais tarde, também se dizia: *quiveult Le Roy veult La loye toute justice emane duroy* (RÁO, 1966, p.20).

Aos poucos essa realidade fora se amoldando aos progressos científico-sociais, ganhando força o poder popular e o enraizamento dos princípios hoje ditos constitucionais. Dentre eles, quiçá o mais nobre e estrutural de todos quando o tema se expande à representatividade do povo, se fez pedra fundamental o princípio da Separação e harmonia dos Poderes. Acrescenta-se a ele, o princípio da indelegabilidade das funções de cada Poder constituído, nos ensinamentos do professor Vicente Ráo, para quem:

Segundo esse princípio, os Poderes Políticos, embora separados, devem exercer as suas funções limitando-se reciprocamente, de modo tal que a vontade soberana do povo, representada, cumprida e feita valer coercitivamente pelo Estado, resulte da conjugação harmônica das atividades legislativa, executiva e judiciária (RÁO, 1966, p.20).

² “o que agrada o príncipe tem força” (tradução livre)

³ Os magistrados na antiga Roma. Cumpria-lhes administrar a Justiça e muitas vezes o governo das províncias.

E foi no pioneirismo de John Locke (LOCKE, 1689), que a Separação de poderes sacramentou imprescindibilidade aos regimes constitucionais. Crítico ferrenho da teoria política francesa do “Direito divino dos reis”, difundida pelos protestantes ingleses sob o dogma de que o monarca recebera de Deus o poder a ser exercido sobre seus súditos, o inglês Jon Locke, antes de tudo, defensor do direito do povo em contestar um governo criado por ele próprio e de que a vida política nada mais seria do que criação do homem, sem interferência divina, escreveu o *Tratado do Governo Civil* (primeiro e segundo). A pretensão do monarca em assemelhar-se a Moisés (Êx. 3.2) que ao avistar o anjo do Senhor em uma chama de fogo do meio duma sarça, recebera dos céus a missão de livrar o povo de Israel da escravidão de Faraó no Egito, perdia combustível.

Insurgia-se LOCKE contra os ditames dos quais lançou mão a clássica obra *O Patriarca* (FILMER, R.:1680), para atribuir a Adão, então o “primeiro rei de todos” por designação divina, a fonte do poder dos reis. Justamente com origem na razão humana que Locke encontrou na razão humana a pedra motriz à revolução inglesa, ponto de partida de um novo sistema de governo:

Segundo esse sistema, os Poderes Legislativo e Executivo (preendendo-a a este um *Poder Federativo* com atribuições concernentes aos negócios estrangeiros) devem ser distintos, separados, e esta separação é *natural* porque corresponde às necessidades da sociedade política cujos princípios fundamentais já no *estado de natureza* se revelavam; e embora o Poder Legislativo seja o Poder Supremo, com o Executivo há de articular-se de modo tal que a soberania realmente possa ser efetiva do povo com esses dois Poderes, sem que qualquer deles se julgue totalmente afastado do outro (RÁO, V. 1966, p.20).

Da leitura de seu texto é fácil concluir que o filósofo expressava a realidade – ou um ensaio promissor dela – acerca da supremacia do Poder Legislativo como ponto de partida para uma nova ordem civil e posteriormente constitucional, fruto essa que seria da revelação das necessidades e desejos de uma sociedade que caminhava a passos largos rumo à efetividade dos direitos fundamentais. Não houve espaço para aventuras conceituais nas assertivas de Jonh Locke, tanto assim que julgou necessária a articulação entre os Poderes Legislativo e Executivo tendo como fim precípua a soberania popular.

Foi, então, somente no Segundo Tratado sobre o Governo, de 1690, que Locke falou na existência de quatro Poderes distintos no Estado, como bem descrito por Dalmo de Abreu Dallari:

O Executivo exercido pelo rei com as limitações estabelecidas pelo Parlamento e pelas normas costumeiras tradicionais; o Legislativo, exercido pelo Parlamento; a Prerrogativa, também exercida pelo rei e consistente no poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras; e o Poder Federativo, que consiste no poder de decisão sobre a guerra e a paz, também confiado ao rei (DALLARI, 2010, p. 261).

Charles-Louis de Secondat Baron de La Brède et de Montesquieu (MONSTESQUIEU, 1748), por outra via, carregou por longo período a increpação de não possuir em sua obra inovação a tudo o que Locke já havia traçado à separação de Poderes. Verrina de alguns, porém, que não condiz com a realidade. Em sua proposta de Separação de poderes, apresentou outro elemento, consistente na divisão do poder legislativo, vinculado ao Executivo. Os diversos órgãos, num sistema de pesos e contrapesos, realizariam um equilíbrio constitucional capaz de obstar à consolidação de um poder absoluto. Para a obtenção desse equilíbrio entre os diversos Poderes, então, Montesquieu insere em sua construção teórica, o “*ideal clássico do Governo misto, que fora buscar ao próprio pensamento político inglês*”.

Vicente Ráo é categórico ao afirmar que na clássica e mais inspiradora obra de todos os tempos, *Del l'EspritdesLois*, o filósofo, político e escritor francês (MONSTESQUIEU, 1748) “*enunciou com maior precisão o princípio da separação dos Poderes, como fundamento da democracia*” (RÁO, V. 1966).

Em que pese a dissecação do princípio da separação dos Poderes, tanto por Locke, quanto por Montesquieu de forma a apresentar ao mundo jurídico e social, aquilo que viria a se tornar o sustentáculo de nosso regime democrático constitucional nos dias de hoje, ousou afirmar que, ao final de tudo, há na essência dos clássicos *Tratado de Governo Civil* (o primeiro, não o segundo) de John Locke e *Del l'EspritdesLois* de Montesquieu, semelhança. Em ambos os marcos literários, a soberania popular é a pedra motriz:

Quando na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistrados, os poderes legislativos se juntam aos executivos, não há liberdade, pois é de se temer que o mesmo monarca, ou o mesmo senado, faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Liberdade não há tampouco, se não se separarem os poderes de julgar dos poderes legislativos e executivos. Unidos os judiciários aos legislativos, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos torna-se arbitrário, por ser o juiz também legislador; juntando-se aos poderes judiciais os executivos, o juiz pode assumir a força de um opressor. E tudo se perderia se o mesmo corpo de notáveis, ou de nobres, ou do povo, exercesse os três poderes, o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e os litígios entre as pessoas (RÁO, 1966 *apud* MONSTESQUIEU, 1748⁴)

No fim, Locke e Montesquieu lograram diferenciar as funções de julgar, das prerrogativas do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, sem, contudo, considerar este, um

⁴ *Del l'Esprit des Lois*, Livro XI, Cap. VI

Poder da Nação. Quase um século mais tarde é que a doutrina norte-americana por meio dos Ensaios que culminaram no clássico *O Federalista*⁵ (Alexander Hamilton, James Madison e John Jay:1788), sem olvidar-se das concepções de LOCKE⁶ E MONTESQUIEU, clareou ao mundo jurídico de forma mais precisa, a Separação de Poderes. RÁO, cita James Madison ao pontuar em *The Federalist*, que:

Reconhece-se, geralmente, que os poderes (atribuições) pertencentes como próprios a um dos departamentos não devem ser exercidos direta e completamente por outro. É também evidente que nenhum deles deve possuir, de modo direto ou indireto, uma influência preponderante sobre os demais no exercício das respectivas atribuições. Nem há como contestar-se que, por natureza, todo poder tende a ser “invasor” e, em consequências, deva ser posto em condições de não exceder os limites que lhe são traçados. Assim, depois da classificação teórica das diferentes espécies de poderes segundo sua natureza legislativa, executiva, ou judiciária, o mais importante é garanti-los contra as suas recíprocas usurpações (RÁO, 1966 *apud* MADISON, 1788).

Na mesma obra, Alexander Hamilton, citado por Luís Roberto Barroso, traça os parâmetros de um Judiciário independente exercendo o controle de constitucionalidade e negando aplicabilidade a leis inconstitucionais na interpretação do julgador, em consagração à tese do *judicial review*:

Nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. (...). A presunção natural, à falta de norma expressa, não pode ser a de que o próprio órgão legislativo seja o juiz de seus poderes e que sua interpretação sobre eles vincula os outros Poderes. (...). É muito mais racional supor que os tribunais é que têm a missão de figurar como corpo intermediário entre o povo e o Legislativo, dentre outras razões, para assegurar que este último se contenha dentro dos poderes que lhe foram deferidos. A interpretação das leis é o campo próprio e peculiar dos tribunais. Aos juízes cabe determinar o sentido da Constituição e das leis emanadas do órgão legislativo. (...) Onde a vontade do Legislativo, declarada nas leis que edita, situar-se em oposição à

⁵ A obra *O Federalista* originou-se da reunião de ensaios publicados em jornais de Nova York, com a finalidade de colaborar com a ratificação, pelos Estados, da Constituição norte-americana.

⁶ “A concentração de todos os Poderes, legislativo, executivo e judiciário, nas mesmas mãos, seja de um homem, seja de alguns, seja de muitos, a título hereditário, ou de conquista, ou de eleição, pode considerar-se como a verdadeira definição de tirania [...] O oráculo sempre consultado e citado nesta matéria é o ilustre MONTESQUIEU que, se não é o autor deste preceito de ciência política, tem, quando menos, o merecimento de havê-lo desenvolvido e recomendado com o maior sucesso à atenção universal. Procuremos, desde logo, apurar seu modo de sentir nesta questão. A Constituição inglesa era para Montesquieu, o que Homero foi para todos quantos escreveram sobre a poesia épica. Assim como estes consideravam o bardo imortal o modelo capaz de ditar todos os princípios e todas as regras daquela arte através das quais deveriam ser julgadas todas as obras do mesmo gênero, assim também Montesquieu, grande escritor político, parece haver julgado a constituição da Inglaterra como o tipo ou, servindo-nos de sua própria expressão, como o espelho da liberdade política, por nos haver fornecido, sob a forma de verdades elementares, os princípios característicos do sistema. Contudo, o exame mesmo superficial da Constituição inglesa, convence-nos de que ela não separa inteiramente os departamentos legislativo, executivo e judiciário (RÁO, Vicente. *As Delegações Legislativas no Parlamentarismo e no Presidencialismo*. São Paulo: Max Limonad Editor de Livros, 1966, p.28, V1, *apud* Madison, in *The Federalist* : 1788) .

vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem curvar-se à última, e não à primeira (BARROSO, 2013 *apud*. HAMILTON, 1788).

É habitual identificar o Constitucionalismo⁷ com a Separação de poderes, consigna Nicola Mateucci (1998, p. 246-258). Confirma sua tese, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, em seu artigo 16: “*Toda sociedade, em que não for assegurada a garantia dos direitos e determinada a separação dos poderes, não tem constituição*”. Nos alerta Mateucci, entretanto, que a Separação de poderes, em não sendo aprofundada, pode se tornar “um dogma ambíguo e misterioso” (MATEUCCI, 1998, p. 246-258). E isso, por duas razões, assevera o autor. Primeira delas reside na diversidade de maneiras como juridicamente se concretizou até hoje a existência da divisão do poder. Segunda, pela impossibilidade de explicar, de modo suficientemente realista, a dinâmica do poder nos nossos sistemas democráticos-parlamentares. Pontua o autor outros motivos como o surgimento do “dogma” em regimes essencialmente monárquicos e sua não eficácia na garantia da liberdade do cidadão.

Montesquieu, em sua proposta de Separação de poderes, apresenta outro elemento, consistente na divisão do poder legislativo, vinculado ao Executivo. Os diversos órgãos, num sistema de pesos e contrapesos, realizariam um equilíbrio constitucional capaz de obstar à consolidação de um poder absoluto. Para a obtenção desse equilíbrio entre os diversos poderes, então, Montesquieu insere em sua construção teórica, o “*ideal clássico do Governo misto, que fora buscar ao próprio pensamento político inglês*” (MONTESSQUIEU, 1748).

⁷ Para chegar à conclusão de que seria “*a função do Constitucionalismo traçar os princípios ideológicos, que são a base de toda a Constituição e da sua organização interna*”, o autor propôs dissecar o significado das palavras “Constituição” e “Constitucional” na ciência jurídica continental e inglesa⁷. E foi, destacando o significado científico do conteúdo concreto [político e axiológico, portanto] de Constituição, que concluiu ser ela “*a própria estrutura de uma comunidade política organizada, a ordem necessária que deriva da designação de um poder soberano e dos órgãos que o exercem*”, já que imanente a qualquer sociedade. “Constitucional”, portanto, se resumiria na designação “*em outros termos*”, de uma “*forma de Estado baseada na separação dos poderes [...] entre o rei e o Parlamento: uma forma de Estado que, historicamente, sucede ou, melhor, substitui a monarquia absoluta, onde o poder está totalmente concentrado nas mãos do rei, prossegue ou, antes, evolui na monarquia ou na república parlamentar, em que o poder está nas mãos do povo, que elege a assembleia ou assembleias representativas, as quais, por sua vez, escolherão o governo*” (Mateucci, 1998, p. 246-258). Não foi possível, mesmo assim, fundamentar o significado de “Constitucionalismo”, na definição de “Constituição” e de “Constitucional”, segundo o autor. Isto porque, segundo leciona, “*a hodierna definição de Constituição é demasiado ampla*” e a de “*Constitucional demasiado restrita*”. Chegou ao menos à conclusão de que conceitos de constitucionalismo como “*a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais*”, ou “*a divisão do poder, de modo que se impeça todo o arbítrio*”, ou “*o Governo das leis e não dos homens, da racionalidade do direito e não do mero poder*”, nos levam a crer no rompimento com um poder absoluto do Estado.

Nicola Mateucci nos ensina que nos altos de 1797, em explícita demonstração de outra versão do princípio da Separação dos poderes, Immanuel Kant, em *Metaphysik der Sitten* (KANT, 1785), prefere compreender em sua “dignidade” as diversas “funções do Estado: legislativo, executivo e judiciário”. Afirma o autor, por fim, que:

para Kant estes três poderes não de ser autônomos e independentes em sua própria esfera e que devem, por isso serem exercidos por pessoas distintas, tem de ser coordenados e reciprocamente subordinados, de tal maneira que um não possa usurpar as funções do outro ao qual oferece ajuda, mas tenha seu próprio princípio, isto é, ordene em qualidade de pessoa particular, embora sob a condição de respeitar a vontade de uma pessoa superior (Kant, 1785, *apud*. MATEUCCI, 1998).

Poderíamos, segundo Mateucci, sustentar, então, que a distinção entre Poder Legislativo e Poder Executivo, apesar de não mais assentar-se na distinção de pessoas que desempenham tais funções, coincidiria com a distinção entre lei e decreto. Perigosa, da mesma forma, a distinção como bem ressalta o autor, pois “*a lei é cada vez menos o resultado de uma iniciativa autônoma do Parlamento, já que, na maioria dos casos, as assembleias representativas se limitam a votar os projetos de leis propostos pelo Governo*” (MATEUCCI, 1998, p. 246-258).

2. Situação pesquisada

Como se sabe, a tramitação em regime de urgência visa precipuamente ao atendimento do interesse público, em ocasiões tais que não se pode olvidar da necessidade em acelerar o trâmite processual legislativo, em vista, por exemplo, de um benéfico à população. Em princípio, a espécie de trâmite emergencial, de urgência, surgiu para o exercício daquele que detém a função típica de legislar, a saber, o Poder Legislativo.

Por meio de exceção, a Constituição Federal conferiu atipicamente a mesma função ao Poder Executivo, em consagração, justamente, a uma maior independência entre os Poderes constituídos.

E não é diferente com a urgência conferida ao trâmite dos Projetos de autoria do Poder Executivo – via de exceção como dispõe o art. 64 da CF/88. Tal preceito é comumente repetido simetricamente nas Leis Orgânicas dos Municípios. Entretanto, estabelecê-lo como regra, até mesmo em situações onde essa prerrogativa não se aplica ao próprio Poder Legislativo, acaba por subsumir aquele que legisla no exercício de sua função típica, àquele que não a detém na sua forma originária. E isso não é novidade, ao que se sabe.

Vamos ao material de pesquisa. Em cidade do interior do Estado de São Paulo, a reforma do Regimento Interno da Câmara Municipal⁸ local trouxe situação comumente vista nos demais Regimentos Internos das Casas Legislativas do Brasil afora. Seu artigo 120, por exemplo, afasta as proposituras legislativas do Poder Executivo, das limitações ao regime de tramitação urgente ali previstas, nos seguintes termos:

“Art. 120. Serão de tramitação ordinária:

- a) a reforma do Regimento Interno;
- b) os projetos de codificação;
- c) os projetos concernentes ao Plano Diretor e ao Zoneamento Urbano, bem como suas posteriores alterações;
- d) os projetos referentes ao funcionalismo público;
- e) os projetos concernentes a cessões, permissões e concessões reais de uso;
- f) projetos concernentes a remanejamento orçamentário, créditos adicionais e operações de crédito;
- g) projetos de declaração de utilidade pública.

Parágrafo único. Este artigo não se aplica em relação à faculdade constante do artigo 29 da Lei Orgânica do Município de Jahu.” (sem grifo no original).

Diante do citado artigo 29 da Lei Orgânica daquele município, ao dispor que “o Prefeito poderá solicitar urgência e votação em um só turno para apreciação dos Projetos de Lei de sua iniciativa”⁹, nota-se que o parágrafo único do dispositivo regimental retira dos projetos definidos na alínea “a” (de competência exclusiva do Poder Legislativo) e dos projetos descritos nas alíneas “b”, “d” e “g”, de competência – digamos – comum entre os Poderes Legislativo e Executivo, a possibilidade de tramitação em regime de urgência.

Na verdade, em face da permissibilidade apontada no parágrafo único do citado dispositivo regimental, as limitações aplicam-se somente ao Poder Legislativo, numa perspectiva de que os projetos de codificação do Poder Executivo podem tramitar em regime de urgência, enquanto que os mesmos projetos, porém, de autoria do Poder Legislativo não possuem essa prerrogativa. Da mesma forma com os projetos que tratam do funcionalismo público, assim também com os projetos concernentes a remanejamento orçamentário, créditos adicionais e operações de crédito e com os projetos que se referem à declaração de utilidade pública, pelo exemplo normativo. Nesse caso, o Poder Executivo ao legislar sobre as mesmas matérias

⁸ Resolução n.º 337, de 05 de agosto de 2013, da Mesa da Câmara Municipal de Jahu/SP, que “dispõe sobre o Regimento Interno e dá outras providências”. Disponível em <http://www.camarajau.sp.gov.br/images/PDFs/RegimentoInterno/2013%20-%20Regimento%20Interno.pdf>. Acesso em 06 ago. 2014.

⁹ Emenda Revisional n.º 06 de 14 de dezembro de 2009: “Emenda a Lei Orgânica do Município de Jahu e lhe dá novo texto”. Disponível em: <http://www.camarajau.sp.gov.br/images/PDFs/LeiOrganica/leiorganica.pdf>. Acesso em 06 ago. 2014

em que o Poder Legislativo também detém competência, possui a prerrogativa de legislar em regime de urgência, enquanto que o Legislativo não as tem.

3. Origem da Teoria de Sujeição Normativo-jurídica Constitucional: a Teoria das Relações de Sujeição Especial de Otto Mayer

Ao discorrer sobre a origem e a aplicação da Teoria das Relações de Sujeição Especial, Mirian Wimmer (2007, p.32) assevera que:

A doutrina das *relações de sujeição especial*, originada na Alemanha do século XIX, surgiu para fundamentar a existência de um poder administrativo especial que legitimaria a imposição de determinadas restrições aos direitos fundamentais de pessoas que se encontram em situações diferenciadas em relação ao Poder Público (WIMMER, 2007, p.32).

Segue a autora pontuando que a Teoria das Relações de Sujeição Especial, então, teve origem num período não democrático, porém, no berço de uma Monarquia Constitucional da Alemanha voltada à superação do Estado de Polícia e que caminhava rumo ao Estado de Direito, para justificar as relações entre o Estado e seus subordinados:

A formação da teoria das relações de sujeição especial se situa num momento histórico em que a Alemanha superava o regime do antigo Estado de Polícia, ingressando no regime do Estado de Direito (*Rechtsstaat*). Enquanto muitos países europeus foram marcados por sangrentas revoluções de inspiração liberal pelo fim do absolutismo, na Alemanha a política do despotismo esclarecido do século XVIII, influenciada por pensadores como Emmanuel Kant, havia sido bastante benevolente com a burguesia e notavelmente moderna no que concerne aos princípios jurídicos e administrativos. A Prússia do século XVIII foi caracterizada, de um lado, por um forte movimento de codificação das leis, que se fortaleceu com Frederico II, e, de outro, pela busca do controle judicial da Administração Pública, cuja força havia transformado a Prússia num Estado de Polícia. A concepção de *Rechtsstaat*, adotada pelos alemães, difere do Estado de Direito, perseguido em outros países, pela circunstância de que a verdadeira necessidade de limitação não recaía sobre um monarca ou um legislador, mas sobre um aparelho administrativo de alta complexidade. Assim, a ideia de *Rechtsstaat*, surgida na Alemanha no início do século XIX, distancia-se substancialmente do fenômeno inglês do *rule of law*. Enquanto na Inglaterra buscava-se a supremacia do Parlamento combinada com o Governo pelo direito e pelas leis, o pensamento alemão voltava-se para a construção de uma determinada *forma legal* de Estado apta a garantir liberdade e segurança, independentemente da *estrutura política* que esse Estado viesse a assumir (WIMMER, 2007, p.34-35).

A burguesia alemã deparava-se com um sistema normativo legal cuja origem se depositava na Monarquia Constitucional. Cabia-lhe a tarefa, agora, de interpretar esse sistema, em busca de liberdade econômica:

Enquanto a burguesia inglesa lutou pela supremacia do parlamento de modo a conseguir fazer valer seus ideais políticos e econômicos, a burguesia alemã deparou-se com as leis da monarquia constitucional em vigência e tratou de interpretá-las de modo a conseguir um mínimo de liberdade econômica, em face a um Estado mais ou menos absoluto [...] (NEUMANN, 1969, p.54, *apud.* WIMMER, 2007, p. 35).

Mesmo com o surgimento do parlamento a soberania popular não era plena:

A ascensão social e política da burguesia e o surgimento do parlamento como órgão de representação popular, todavia, convergiram para formar uma polarização entre o princípio monárquico e a soberania popular, entre Estado e sociedade [...] (OSSENBÜHL, 1968, p.35, *apud.* WIMMER, 2007, p. 35).

Somado a isso, as leis monárquicas ainda que interpretadas a contento da liberdade, entretanto, dividia espaço com a dicotomia entre uma atuação livre do Estado e seus regulamentos materializados não em forma de lei:

Tal polarização consubstanciava-se na dicotomia entre o domínio da lei e o domínio do regulamento, entre a atuação estatal jurídica e a atuação livre, entre o contencioso e o gracioso, entre o âmbito externo e o interno, entre a lei em sentido formal e a lei em sentido material. Nesse contexto, ainda fortemente influenciado pelo princípio monárquico, a administração se desenvolvia na área “livre” da atuação estatal, cercada de exorbitâncias e prerrogativas justificadas pela oposição entre Estado e sociedade, em relação às quais não fazia sentido opor qualquer reação em nome da igualdade individual (GARCIA, 1994, p. 297-298, *apud.* WIMMER, 2007, p. 36).

Nessa época, ainda que se caminhasse rumo à juridicidade do Estado, as leis eram destinadas apenas a regular as relações externas do Estado e não as relações no âmbito interno, ou seja, as relações do Estado e seus subordinados, por exemplo:

Embora a construção doutrinária do conceito de *Rechtsstaat* tenha vindo afirmar a necessidade de demarcação dos limites da atividade estatal em conformidade com o direito, empurrando aos poucos a administração em direção à juridicidade, ainda persistia a idéia da lei como mero limite externo de uma Administração essencialmente livre. Assim, grandes zonas da atuação administrativa permaneceram impermeáveis ao Direito, manifestando-se por meio de regulamentos administrativos (*Verwaltungsordnungen*), atos concretos e medidas de ordem interna (*mesures d'ordre interieur*) [...] (WIMMER, 2007, p. 36).

Assim, as matérias em suas substâncias, típicas de lei, seriam reservadas ao Parlamento. Caso contrário, ou seja, se pertencentes à esfera interna de atuação no monarca, seria então tratadas por meio de seus regulamentos:

A separação entre o conceito material e o conceito meramente formal de lei buscava resolver a questão, de natureza política, da concorrência entre dois tipos distintos de legitimidade de poder: o poder monárquico e o poder representativo. Se fosse possível encontrar uma substância ou matéria típica de lei, seria possível distinguir entre os assuntos reservados ao parlamento e aqueles devolvidos à livre decisão do monarca [...]. A distinção proposta por Laband teve importantes reflexos na teoria das relações de sujeição especial, porque servia para justificar a existência de espaços de atuação estatal livres de incidência do jurídico. Laband acreditava num Estado unitário, individualizado, impermeável e fechado para o exterior, de modo que sua “esfera interior” não seria alcançada pelo Direito. Só haveria espaço para uma “proposição jurídica” quando a manifestação de vontade do Estado atingisse, de algum modo, a esfera jurídica de outro indivíduo, ou seja, quando se tratasse de relações “externas”. As regras que se aplicavam no interior da Administração não possuíam, segundo ele, a natureza de prescrições de *direito*, mas seriam apenas prescrições *administrativas*. Assim, aquele que penetrasse na esfera interna do Estado abandonaria as vestes de cidadão para assumir a roupa de funcionário público, sujeito a ordens e instruções com efeitos apenas internos. É a esse tipo de relação jurídica interna, à parte das relações jurídicas que se desenvolviam sob o manto do Direito, que Otto Mayer, mais tarde, daria o nome de relações especiais de poder (*besonderes Gewaltverhältnis*). Embora a teoria das relações especiais de sujeição só viesse a ser formalmente elaborada por Otto Mayer já no início do século XX, suas raízes possuem assento no período autoritário da monarquia absolutista (OSSENBÜHL, 1968, p.58-60, *apud*. WIMMER, 2007, p. 37).

Nesse sentido e, tendo como ponto de partida uma atuação livre do Estado, foi que surgiu a Teoria das Relações de Sujeição Especial (MAYER, 1949):

[...] a administração, para fazer-se ‘conforme ao direito’, deve estar vinculada pelas regras jurídicas. A Constituição criou com essa finalidade a forma da lei, e isso basta. Não obstante, é fácil ver que a atividade do Estado não pode circunscrever-se à simples execução das leis existentes; a ele é necessário viver e trabalhar, ainda que não haja normas para dirigir sua atividade; há na administração uma multitude de coisas que não podem ser previstas por regras estritas que as encadeariam. O *Rechtsstaat* deve, por conseguinte, restringir suas exigências ao que seja possível; portanto, seu princípio pode formular-se assim: a ação da administração há de ser dirigida, na medida do possível, por regras de direito” (tradução livre) (MAYER, 1949, p.80. *apud* WIMMER, 2007, p. 37).

4. A Teoria da Sujeição Normativo-jurídica Constitucional como evolução da Teoria das Relações de Sujeição Especial

Firmou-se, então, a ideia de que a Teoria das Relações de Sujeição Especial (MAYER, 1949) veio a justificar uma atuação do Estado afastada das leis e regrada somente por regulamentos internos a sujeitarem aqueles que adentrassem à sua esfera administrativa. Assim, sacramentava-se que ao poder representativo (Parlamento) cabia a edição de leis e que essas leis não afetavam a atuação administrativa do Estado no final do século XIX e início do século XX, numa Alemanha rumo ao Estado de Direito. Por outra via, ao monarca cabia a edição de regulamentos internos, os regulamentos, como normatização da atividade do Estado e de todos que em sua esfera ingressassem.

De certo que a Teoria das Relações de Sujeição Especial foi desenvolvida na Alemanha, cujo contexto social e jurídico difere da realidade brasileira e não haveria como adaptá-la tal qual como criada. E, como bem ressaltou Dirley da Cunha Júnior (CUNHA, D., 2007):

Nestas diferentes ordens jurídicas concretas não variam apenas as formas de lutas, conquistas e realização e satisfação dos direitos, mas também os próprios paradigmas jurídicos aos quais se sujeitam CUNHA, D., 2007, p.435)

Em que pese, sua essência não pode ser descartada e os estudos que culminaram em seu desenvolvimento não merecem desprezo doutrinário, seja pela contribuição que seu idealizador forneceu ao mundo jurídico, seja pelo que da teoria se extrai e se aplica aos dias de hoje. E para que possamos demonstrar a atualidade de sua essência, basta-nos um pequeno exercício teórico.

Se na monarquia constitucional alemã, rumo ao Estado de Direito, deparávamos com a sujeição daqueles que ingressavam em sua esfera de atuação administrativa, por meio de regramentos infralegais e, se essa sujeição era necessária para que a “*Administração pudesse viver e trabalhar independentemente da existência de normas para dirigir sua atividade*” (MAYER, 1949), não há razão para acreditarmos que o raciocínio não possa ser interpretado a *contrario sensu* para aplicá-lo, agora, à atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, em homenagem ao princípio da Separação de poderes, consagrado na Constituição Federal brasileira de 1988.

Já foi dito e exemplificado, que na maioria das vezes o Poder Legislativo atua em situação de inferioridade jurídica e política em relação ao Executivo, justamente quando este ingressa na esfera interna de atuação do Legislativo. No aspecto jurídico – que é o que nos interessa – temos que as normas regimentais prestigiam rotineiramente a atuação deste último, em detrimento da liberdade legislativa dos representantes do povo. Não há como olvidar que a atuação privilegiada do Poder Executivo ao legislar – função atípica, a propósito – sob um trâmite interno das Câmaras legislativas substancialmente mais favorável do que ao Legislativo, ofende a Separação de poderes e a independência entre os mesmos. E muitas vezes a justificar essa atuação urgente e privilegiada é amparada por leis de responsabilidade, leis orçamentárias, dentre outras. Longe de a proposta tornar o Regimento Interno supressor das leis formais. Trata-se aqui não de confronto, mas sim de esferas de atuação distintas, de uma regra básica de vivência, ou seja, se adentro à sua casa, obedeço às suas regras.

Dessa forma, a *Teoria da Sujeição Normativo-jurídica Constitucional*, que ora se propõe, implica na sujeição do Poder Executivo ao ingressar no âmbito legislativo a fim de

exercer a função de legislar, a determinadas regras regimentais uniformes a todas as esferas da federação, fundamentadas na Separação de poderes. Não há que se falar em desigualdade se regras regimentais sobrepuserem o Poder Legislativo ao Executivo quando da atuação atípica deste, no momento de legislar. A Teoria da Sujeição Normativo-Jurídica Constitucional só faz compensar o desprestígio regimental do próprio Legislativo. A uniformidade, por exemplo, recairia às normas que regulam a tramitação das proposições legislativas, não restando reservado a cada Câmara Municipal, Federal ou Assembleia a edição de normas diversas a ferir a Separação e independência entre os Poderes.

5. Conclusão

Nossa proposta encontra amparo na necessidade de transportar a aplicação de uma teoria, criada nos primórdios de um Estado que de Direito só vislumbrava objetivos, à realidade atual e prática, onde sua invocação se faz fundamental para explicar a real necessidade da existência de determinadas situações jurídicas de sujeição *sui generis*.

Se a “teoria das relações de sujeição especial” remonta a um passado autoritário, fato é que os exemplos utilizados pelos doutrinadores de hoje, assim como pelos estudiosos que decidem debruçar-se sobre o tema, são os mesmos desde essa época, ao menos em sua essência. Não há como dedicar ou proporcionar aprimoramento a uma teoria, sem que a ela acrescentemos inovação ou alguma proposta de aplicabilidade atual. Há como abandonar o significado pesado do termo “sujeição”, impresso para caracterizar o cidadão diante de um Estado hoje não mais autoritário.

Por mais resquícios da retrógrada época em que o Estado não via limites em sua atuação, que possam macular as relações de sujeição, acreditamos estar a mácula de seu passado ligada a uma visão interpretativa que remete à ausência de aprofundamento nos estudos do tema.

A rejeição à teoria das relações de sujeição especial se deu, inclusive, a uma análise apenas doutrinária e histórica sobre o tema, sem que a vivência prática fosse posta em pauta. É verdade que falar em “sujeição” em pleno século XXI, onde – no Brasil principalmente – deparamos com Constituições democráticas, pode soar paradoxal à medida que lutamos por maiores avanços diante da relação entre administrado e Estado. Ocorre que as relações entre a máquina estatal e o cidadão carecem, muitas vezes, de uma intervenção não tão dura quanto outrora, mas firme ao passo que os comportamentos podem causar consequências a uma

coletividade hoje mais protegida. Assim não fosse, ou seja, se o Estado não dispusesse de mecanismos – legais – de coerção, todo o sistema normativo perderia sua eficácia.

Evidente que a mão pesada do Estado não pode pesar mais do que os ditos direitos individuais, mas, hoje, é pacífica a existência de uma relativização desses direitos, por exemplo, no exercício de ponderação diante dos conflitos entre os mesmos.

Os tempos são outros, e não são somente os funcionários públicos, os militares, os presos e os estudantes de escolas públicas – entre os exemplos mais comuns – que “penetram na esfera interna do Estado”. Também há de se creditar o fato de que a esfera interna do Estado é hoje regulada por atos normativos tais que não se traduzem em lei propriamente dita, mas que têm a força de regular a atuação de particulares ali representados pelos legisladores, por exemplo. Estariam estes numa relação de sujeição especial diante do Estado, porém, sem a égide de uma lei, mas sim sob o comando dessas normas com a mesma, ou com força semelhante. Haveria, nessas relações de sujeição agora normativo-jurídica constitucional e, como dito, a *Teoria da Sujeição Normativo-jurídica Constitucional*, que ora se propõe, implica na sujeição do Poder Executivo ao ingressar no âmbito legislativo a fim de exercer a função de legislar, a determinadas regras regimentais uniformes a todas as esferas da federação, fundamentadas na Separação de poderes.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**, 23. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **As Constituições na vida dos povos: da idade média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**, 22 Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. **Da justiça administrativa em Portugal**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1994.

MATEUCCI, Nicola. **Constitucionalismo**. In: *Dicionário de política* I Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; trad. Carmen C, Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. - Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998. Vol. 1: 674 p.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MATEUCCI, Nicola. **Constitucionalismo**. In: **Dicionário de Política**. 13 ed. Brasília: Editora UNB, p. 246-258

MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Parte General. Traduzido do francês por Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. t. I, Buenos Aires: Depalma, 1949.

NEUMANN, Franz. **Estado democrático e estado autoritário**. Trad. Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969.

OSSENBÜHL, Fritz. **Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz**. Bad Homburg: Verlag Dr. Max Gehlen, 1968.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 17. Ed. Rio de Janeiro: Método, 2009.

PLATÃO. **A República**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2012. 432 p.

RÁO, Vicente. **As Delegações Legislativas no Parlamentarismo e no Presidencialismo**. São Paulo: Max Limonad Editor de Livros, 1966, 284p, V.1

WIMMER, Miriam, **As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública**. Disponível em

<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewArticle/392>.

Acesso em 06 ago. 2014.