A NORMATIVIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM ESTADO DE EXCEÇÃO PERMANENTE?

Durvalina Maria de Araujo[*]

RESUMO: Estudo do Estado de direito e legalidade frente ao Poder normativo da administração pública, sob a vertente do poder regulamentar e normativo do Poder Executivo, ressaltando a permissibilidade do poder constituinte ante essa legitimação. Nesse contexto, a divisão orgânica dos poderes encontra seu ápice na proposta de Montesquieu, despontando no mundo jurídico, - a democracia. Busca-se problematizar os mecanismos legais postos à disposição do Poder Executivo, para implementar políticas públicas, com o escopo de se fazer uma releitura crítica do cenário político atual. Examina-se em síntese histórica o estado de exceção, assim como o Estado de exceção similar: Era Vargas e Dilma. Sobrepõe-se, assim, a necessidade de repensar antigos conceitos e valores para uma real democratização da atividade administrativa.

PALAVRAS-CHAVES: Normatividade da administração pública. Estado de direito. Legalidade. Estado de exceção.

1 INTRODUÇÃO

Com a evolução dos tempos, principalmente, com a globalização, onde os acontecimentos são instantâneos, a sociedade clama por novos horizontes, ou seja, meios para caminhar o mais próximo possível do avanço mundial, para tanto, torna-se necessário transformações no conceito de Estado como interventor de tais medidas, a fim de proporcionar eficiência e agilidade em termos de segurança e ordem.

A partir desse prisma, sabe-se que há uma contínua tensão entre o jurídico e político no Direito Constitucional contemporâneo, afetando sobremaneira nações e classes sociais, quer seja pelo aspecto econômico e

[*] Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes. Especialista em Direito Processual Civil (FANESE) e Gerência e Tecnologia da Qualidade-Recursos Humanos – Centro Federal de Educação Tecnológica-CEFET/MG, Ex-Professora Substituta da Universidade Federal de Sergipe-UFS na disciplina Direito Administrativo. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça de Sergipe.

tecnológico ou até mesmo pessoal, em total desrespeito aos limites postos.

Os desafios da segunda modernidade leva a sociedade enfrentar as grandes mudanças, como momentos de crises e conflitos sem que haja a confiança de que o direito abstrato será aplicado ao caso concreto, sem violação aos direitos fundamentais, em ação da governança democrática. Ao contrário o que se vê, em verdade, é a todo o momento a "criação" de Estado de exceção.

Nesse cenário, será demonstrada a historicidade de Estado de exceção, com enfoque na normatividade empreendida pela administração pública em momento excepcional, visando compreender a legitimidade e legalidade e sua relação com a política no Estado de direito, segundo as acepções de filósofos, percussores da exceção, buscando trazer ao leitor preceitos básicos desse instituto.

A partir dessa premissa, será analisado o papel do Poder Executivo nesse contexto, sua legitimidade e atuação ante o princípio da legalidade o qual deve subsumir seus atos. Nesse passo, serão apresentados aspectos do Estado de exceção com realce no Estado Democrático de Direito, desde sua base originária.

Esse fenômeno parte, praticamente, de regimes democráticos, abrindo espaço para um regime totalitário, ante o uso contínuo das regras impostas, sob o argumento de defesa do povo e da ordem pública.

Nesse diapasão, após discorrer acerca dos aspectos gerais da excepcionalidade, este trabalho tem por escopo demonstrar a incipiente necessidade de visualizar sua conformação em relação à Constituição e às demais leis, ressaltando que não há como explorar todos os enfoques envolvidos, posto que o presente estudo tem como foco a normatividade da administração pública em estado de exceção, direcionado ao aspecto de permanência desse fenômeno em detrimento do direito positivo posto.

A dualidade entre o jurídico e político será enfatizada durante o decorrer desse estudo, buscando sistematizá-los perante o Estado e à democracia representativa.

No Direito brasileiro, o texto constitucional é permissivo quanto a decretação do estado de exceção, com isto será feito um breve paralelo acerca dessa excepcionalidade entre os governos Vargas e Dilma, com o escopo de proporcionar ao leitor uma reflexão sobre governança ditatorial em regimes democráticos.

Busca-se neste estudo, sistematizando-o, a conscientização de novos

valores éticos na esfera do Poder público normativo, cuja finalidade tem por foco a legitimidade da atuação administrativa em sua amplitude, assim como assegurar os direitos fundamentais do cidadão em real consonância com o Estado democrático.

Por efeito, será de fundamental influência o aspecto principiológico constitucional da legalidade, com intuito de dimensionar a finalidade do estado de exceção, com vistas a promover maior eficiência e legitimidade na atuação da administração pública, adequando-se a realidade temporal que, hoje, mais do que ontem, clama por medidas eficazes e eficientes que atenda à sociedade ante a globalização.

Assim, este ensaio será desenvolvido pautado nos seguintes aspectos: Breve apresentação do Estado de direito e legalidade; síntese história do estado de exceção; poder normativo da administração pública; similitudes de estado de exceção: Era Vargas e Dilma e aporte conclusivo, contextualizando as vertentes remotas e atuais, salientando o poder do Executivo dentro desse cenário.

2 ESTADO DE DIREITO E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Necessário se faz introduzir alguns preceitos básicos do que seja Estado de direito, antes de adentrar propriamente no tema proposto.

O princípio da legalidade está umbilicalmente ligado ao Estado de direito, pois enquanto o direito privado pode atuar naquilo em que não for contrário à lei, atentando para os mandamentos éticos e morais, o direito público somente faz o que a lei permite, não o fazendo, encontra-se na antijuridicidade, impondo-se a anulação dos atos. Entretanto, essa preconização encontra guarida no Estado legítimo, mas ausente no estado de exceção, em razão das regras excepcionais postas.

A base primordial do Estado de direito se encontra na extirpação do arbítrio do exercício dos poderes públicos com a consequente garantia dos direitos dos cidadãos diante desses poderes. Essa é a essência do Estado de direito, podendo ser entendido como uma organização político-estatal cuja atividade é determinada e limitada pelo direito positivado.

É importante nesse ensaio, pontuar o Estado de direito à época da Constituição de Weimar, nos idos de 1919, onde era concebido de forma que o Estado além de defender o indivíduo devia propiciar a este,

prestações positivas.

Na atualidade, o Estado de direito é visto como um Estado Democrático de Direito capaz de realizar transformações sociais. Esse Estado deve se preocupar não somente em garantir os direitos fundamentais, mas esses direitos devem ser promovidos pela Administração Pública, em prol do cidadão.

O Estado de direito a que se refere, atua em estado de normalidade e paz, não se permitindo que não seja capaz de ajustar conflitos ou manter a ordem jurídica constitucional. É nesse estágio que surge o instituto da exceção, como alternativa de governar provisoriamente, com esteio na própria Constituição, afastando direitos com o intuito de proteger esses mesmos direitos e o Estado. A ordem constitucional prevê mecanismos com o escopo de manter as estruturas, de forma temporária.

É nessa dimensão que o Poder normativo da administração pública, no estado de exceção, ganha substrato jurídico e fático, impondo regras e normas de cunho político e econômico, com aval constitucional e legal.

Entretanto, a ordem constitucional deve ser vista não sob o ângulo isolado de cada mandamento, mas em uma interpretação sistemática, levando-se em consideração, quando for o caso, a realidade fática, a fim de adaptar os mecanismos postos de forma a não exacerbar a legitimidade que foi conferida pelo poder constituinte ao poder público.

Nessa linha, tem-se que o princípio da legalidade tem por escopo concretizar o que vem a ser a máxima do Estado de direito: respeitar as próprias leis, que por via reflexa é a submissão da Administração Pública à legislação.

Percebe-se que o Estado de direito não mantém compatibilidade com a ditadura, porquanto há uma submissão da atuação estatal ao Direito, aliado aos valores que abriga, conferindo ao estado um caráter democrático, revelando-se um elemento de garantia e segurança jurídica, onde a legalidade subsume-se não somente à lei, mas ao sistema jurídico como um todo.

Conclui-se que o princípio da legalidade imprime garantia, representando um limite para a atuação do poder estatal que tem sempre como finalidade atender o bem comum e o interesse público, submetendo-se aos ditames legais[i].

3 PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Inicialmente, registro que o tema administração pública enquanto pessoa jurídica de direito público, não será objeto do presente estudo, pois a vertente a ser apresentada se refere ao exercício do Poder Executivo em prol do cidadão, na feição normativa. Logo, serão feitas breves considerações sobre o poder regulamentar e normativo, pontuando aspectos de relevância, sem adentrar amiúde sobre a amplitude da personalidade jurídica e suas funções, a não ser a origem e aspectos pontuais que interessam ao tema central, a ser discorrido ao longo deste trabalho.

A ideia da separação de poderes implementada pelo filósofo Montesquieu foi aplicada pelas Constituições, em especial pela Constituição francesa de 1791, com um rigor de formalismo desacerbado, de forma inflexível, sistematizando a ausência de interligação e cooperação entre os poderes. Essa formulação política teve amplitude no Estado Moderno.

A teoria da separação de poderes tem por fundamento a distinção da função de cada poder, sem, contudo, deixar de haver uma cooperação e harmonia entre eles. Essa era a essência concebida por Montesquieu. Segundo Celso Ribeiro Bastos, o "*mérito essencial da teoria de Montesquieu não reside[...]* na identificação abstrata dessas formas de atuar do Estado".[1]

Bem verdade, que o esboço inicial da separação de poderes advém da Antiguidade Clássica, pelo filósofo Aristóteles, porém foi Montesquieu que deu uma roupagem de divisão orgânica a esses poderes, devendo ser órgãos distintos e independentes.[ii]

A finalidade é a de inviabilizar o ressurgimento do absolutismo, onde havia concentração de poderes nas mãos do príncipe.

A separação dos poderes desponta no mundo jurídico - a democracia, devendo ser observado que as necessidades da sociedade evoluem e com isso vem a seguinte questão: Podia-se relativizar aquela separação para consecução de políticas públicas do Estado, aumentando sua efetividade, em prol do anseio da sociedade?

Para essa indagação, válida a lição de Dallari "[...] *a evolução da*

sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado. Este passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando sua esfera de ação e intensificando sua participação nas áreas tradicionais. Tudo isso impôs a necessidade de uma legislação muito mais numerosa e mais técnica, incompatíveis com os modelos da separação de poderes. O Legislativo não tem condições para fixar regras gerais sem ter o conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo Executivo e sem saber de que meios este dispõe para atuar. O Executivo, por seu lado, não pode ficar à mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes.[2]

É momento de reflexão. Como o Poder Executivo concretizar suas ações sem esbarrar na violação ao princípio constitucional de separação de poderes, sabendo-se que essa separação de atribuições é justamente para garantir a liberdade dos cidadãos?

É com parcimônia que deve ser vista essa problematização, pois, se de um lado, há um Poder que edita leis, outro que as executa, por vezes, o Poder Executivo, enquanto gestor público fica engessado, pois deve apresentar soluções ágeis e eficazes em face de uma necessidade emergente da sociedade contemporânea e esbarra na morosidade do procedimento legislativo.

Nessa teia de necessidades e domínio político-econômico, há uma interpenetração dos poderes, ou seja, o Legislativo editando leis sob o mando do Executivo. Essa era a proposta de Montesquieu, de que houvesse essa interpenetração, não de forma distorcida, mas com o fim de fiscalizar e controlar, inibindo, repita-se, a volta do absolutismo, garantindo a liberdade política dos cidadãos.

Desse modo, diz Bonavides "*o gênio político de Montesquieu não se cingiu a teorizar acerca da natureza dos três poderes senão que engendrou do mesmo passo a técnica que conduziria ao equilíbrio dos mesmos poderes, distinguindo a faculdade de estatuir (*faculté de statuer*) da faculdade de impedir (*faculté d'empêcher*)"*.[3]

Ou seja, essa maneira de intervenção, se traduz no sistema de freios e contrapesos.

Não é demais consignar que cada poder tem sua atividade delimitada na Constituição, cabendo ao Legislativo elaborar leis gerais e abstratas, atuando na sua função típica, enquanto ao Poder Executivo lhe foi

dada a função de seguir as diretrizes traçadas pelo legislador, por meio das normas gerais, assim como legislar dentro de sua competência nos devidos parâmetros postos pelo Poder constituinte.

Fazendo uma breve digressão histórica sobre a atividade do Poder Executivo, observa Clève:

> O crescimento das funções do Estado tornou obsoleta a tese do monopólio do exercício da iniciativa pelos membros das câmaras legislativas. Aliás, nesse território, cada vez mais o Executivo foi se firmando, até o ponto em que, atualmente, quase todas as Constituições conferem também a ele o poder de iniciativa. E quando ele não é formalmente disposto, como nos Estados Unidos, o Executivo o exerce de modo indireto. [...] Na pura formulação do sistema [presidencialista], não seria dado ao Executivo propor projetos de lei ao Legislativo. Ele, afinal, não seria um poder provocante, mas, antes, de execução da lei. Porém, essa concepção formulada pelos pais da democracia americana resistiu por pouco tempo. O sistema presidencialista foi sendo adotado por vários países, especialmente os da América Latina, e, nestes, como é o caso do Brasil, o Executivo jamais foi impedido de manejar o poder de iniciativa. [...][4]

Nessa planura, tem-se que, quando o Poder Executivo participa do processo legislativo, está interpenetrando na área de competência de outro poder, porém, torna-se necessária e é legal, pois a iniciativa para proposta de projeto de lei é também de sua competência, e, assim, age com o intuito de fomentar o equilíbrio e a coordenação entre os órgãos em questão.

Frise-se, que a Constituição de 1988, delimita quais as matérias que o Executivo detém o poder de normatizar, a exemplo do artigo 84. É legítimo o poder regulamentar do Executivo, de forma a não permitir o aniquilamento do Poder Legislativo pela posse, de outro órgão, de sua atividade típica.

Nessa linha de intelecção, existem duas formas de governança legislativa, quais sejam: delegação legislativa e a expedição de lei por ato

compatível com a atividade do Executivo.

A terminologia delegação significa dizer que há transferência de uma função pertencente a um órgão detentor de atos para outro que, a partir de então, passará a exercer concomitante, a mesma atividade, de forma limitada. Sobre isso, destaca Clève *"A delegação com assento constitucional dá-se quando a Lei Fundamental confere ao ato normativo do Executivo natureza de ato legislativo. Esse tipo de delegação pode ser encontrado nas Constituições do pós-guerra (França, Portugal, Espanha, Itália, e também, Brasil)"*.[5]

Nesse ínterim, cada país, diante de suas particularidades e em conformidade com a ordem constitucional dispõe sobre as ditas delegações. Essas delegações são denominadas de leis delegadas. Na prática, não há no país lei delegada, pois uma vez que se tem competência originária para editar medida provisória, não se precisa mais de delegação.

Segundo Alexandre de Moraes, *"lei delegada é ato normativo elaborado e editado pelo Presidente da República, em razão de autorização do Poder Legislativo, e nos limites postos por este, constituindo-se verdadeira delegação externa da função legiferante e aceita modernamente, desde que com limitações, como mecanismo necessário para possibilitar a eficiência do Estado e sua necessidade de maior agilidade e celeridade*."[6]

Os limites da delegação são dados pelo Parlamento, sendo limitação de ordem material, destacando àquelas matérias estritamente adstritas pelo ato de delegação legislativa, assim como existe lapso temporal, ou seja, o exercício da atribuição encontra limite de tempo, sob pena de usurpação da função a ele indicada.[iii]

Não se pode olvidar que a lei delegada permite o prévio debate, restringindo a atuação legislativa do Chefe do Executivo, havendo um debate democrático pluralizado por meio da sociedade, e não simplesmente de sua atuação unilateral de vontade, utilizando fortemente suas prerrogativas. Assim, a atividade delegada vem como anteparo em face de possível arbitrariedade daqueles que exercem o poder de governo.

A delegação, segundo os ditames constitucionais, deve ser solicitada pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, este por sua vez, delega através de resolução.

Ante isso, pode-se chegar ao seguinte questionamento: A resolução que concede a Lei delegada pode ser substituída por lei ordinária? A resposta é negativa e encontra respaldo na jurisprudência do Supremo

Tribunal Federal, que conclui ser a resolução insubstituível por lei comum.[iv]

Quanto a elaboração de lei por ato próprio do Executivo, diferentemente da delegação legislativa acima explicitada, que exige como requisito de atuação a autorização do Poder legiferante, aqui, constitucionalmente, se permite que se inove no mundo jurídico, por meio de medida provisória. Aliás, essa prerrogativa não é isolada e anômala, pertencente a um só país, pois praticamente todas as constituições democráticas institui tal regime.[v]

O que se presencia é a preferência do Poder Executivo editar Medidas Provisórias, prescindível de autorização do Congresso Nacional, que perduram pelo prazo de 60 dias, e aí sim, poderá inclusive ser julgada inconstitucional, porém já teve seus efeitos concretizados, desvirtuando o direito positivado.

A medida provisória nos leva a um período desonrado, onde imperava o famigerado decreto-lei em uma época ditatorial que assolava o mundo, viabilizando atuações antidemocráticas.

Em linhas gerais, compete observar que essa atividade legislativa ocorre quando o Poder Constituinte confere ao Executivo, sem nenhuma anuência do Congresso poderes para editar ato normativo. Vem, em verdade, com isso, ampliar a margem de poder normativo do governo que, por via de consequência, cria regras de direito, tanto através de delegação legislativa como da competência constitucional. Serão pincelados alguns princípios desses artifícios constitucionais, mais adiante, especialmente no último caso, que é o ponto nevrálgico desse ensaio, ou seja, atos normativos com força de lei, sem lei – medida provisória.

Por efeito, saliento que o escopo deste trabalho terá enfoque não o estado de normalidade, mas à situação de crise, que no caso se traduz em Estado de exceção (Permanente?).

Com base nessas reflexões, sobre os atos normativos de governo, doravante serão estudados aspectos gerais da historicidade do Estado de Exceção.

4 SÍNTESE HISTÓRICA DO ESTADO DE EXCEÇÃO

Com dito em linhas anteriores, este estudo tem por objeto principal, tratar de forma pontual as nuances da atividade normativa do Executivo em estado de crise, para tanto, importante tecer aspectos relevantes sobre

a historicidade do Estado de exceção em sua percepção embrionária.

Antes de adentrar no tópico aqui proposto, é importante destacar o comportamento da sociedade na era da globalização, onde as necessidades são emergentes e o anseio por soluções eficazes ultrapassa o modelo apresentado.

Para Cardoso, *"Neste quadro pintado pela sociedade e por sua economia do final do século XX, corretamente identificado pela sociologia de uma sociedade de risco da Segunda Modernidade, ambivalente, o direito e a política, nos moldes criados no século XVIII e XIX, não mais atendem aos anseios de segurança e bem ordenança, almejados pelos construtores do Estado liberal de direito racional positivista elaborado por representantes eleitos pelo povo. A legalidade não está mais de mãos dadas à legitimidade, pressuposta no modelo oitocentista".*

Nessa conjuntura, para o autor, existem duas respostas antagônicas que podem ser dadas as questões ditas acima, que se relacionam de forma central à questão da legitimidade do direito e de sua relação com a política: *"o reconhecimento da existência de um estado de exceção permanente ou latente, em que a própria política se misture ao direito e ocupe seu espaço, substituindo; ou a construção de um novo paradigma do direito pós-positivista, composto por princípios, regras e procedimentos, tornando-o mais ágil às necessidades da sociedade de risco global, inclusive econômico [...]"*[7]

Destarte, devido a relevância desse tema, interessante destacar a definição de Estado de exceção na visão da doutrina schmittiana *"como sendo o lugar em que a oposição entre a norma e as realizações atinge a máxima intensidade. Tem-se aí um campo de tensões jurídicas em que o mínimo de vigência formal coincide com o máximo de aplicação real e vice-versa."*[8]

A partir dessas premissas, busca-se nesse momento, fazer uma síntese história do Estado de exceção[9] o qual remonta à Assembleia Constituinte de 1791, na França, e nesse momento, restringe seu campo de atuação, segundo Vladimir Safatle, inicialmente à praças-fortes e portos militares, denominado na sua origem como estado de sítio. Em 1811, através de decreto napoleônico, há uma extensão do instituto, aplicando-se no caso de cidade estar sitiada ou ameaçada militarmente. Há um progresso, a partir daí, de dispositivos jurídicos semelhantes - Alemanha, Suíça, Itália, Reino Unido e EUA.

É justamente nos séculos XIX e XX que, na França, é marcado momento de crise constitucional. Assim, após a queda da Monarquia de 24 de junho de 1848, foi editado um decreto pela Assembleia Constituinte, colocando Paris em estado de sítio, com o intuito de restaurar a ordem na cidade. Em 1848, foi estabelecido um artigo, o qual prescrevia que a lei definiria as formas e os efeitos do estado de sítio. A partir de então, somente aquele, no caso o Parlamento editor de leis é que poderia suspender as leis.

A primeira guerra mundial, na maior parte dos países beligerantes, foi um marco para o Estado de exceção permanente. Na França, o país inteiro, por intermédio de decreto foi colocado em estado de exceção, sendo transformado em lei pelo Parlamento, dois dias após. Essa situação perdurou de 1914 a 1919. O Estado de exceção é tido pelos juristas como laboratório que experimenta e aperfeiçoa os mecanismos e dispositivos funcionais do estado de exceção como paradigma de governo.

Explica Agamben que nessa época, – "*o governo solicitou ao Parlamento a aprovação de uma série de medidas de emergências – a mais importante, conhecida com DORA que não só conferia ao governo poderes muito amplos para regular a economia de guerra, mas também previa graves limitações dos direitos fundamentais dos cidadãos(em particular, a competência dos tribunais militares para julgar os civis).*"[10]

Em 1922, foi estabelecida por Carl Schmitt, a proximidade entre soberania e estado de exceção.

Segundo Agamben, o regime facista, em 1916, fez aprovar uma lei que regulamentava expressamente a matéria decretos-leis. Apesar do abuso na promulgação de decretos de urgência, em 1939, o próprio regime sentiu necessidade de limitar o alcance, assim, a Constituição republicana estabeleceu que *"nos casos extraordinários de necessidade e de urgência", o governo poderia adotar "medidas provisórias com força de lei", as quais deveriam ser apresentadas no mesmo dia às Câmaras e perderiam sua eficácia se não fossem transformadas em lei dentro de sessenta dias, contados a partir da publicação.*"[11]

Outro marco importante ocorre com o advento da Segunda Guerra Mundial, em 1939, de uma emergência nacional "limitada" que se tornou ilimitada ante o pedido de renovação de poderes pelo Presidente para enfrentar a crise com o escopo de usar todo o poder para derrotar os inimigos em qualquer parte do mundo em que a segurança do país

exigir.[12]

Agamben ressalta que, no período compreendido entre 1934-1948 há um desmoronamento das democracias europeias – momento especial da teoria da exceção que terá aparição no livro de Schmitt sobre ditadura em 1921.

A importância nesse momento é sobre o debate da chamada "ditadura constitucional" – termo já utilizado pelos juristas alemães para indicar poderes excepcionais do Reich e que segundo Agamben, os livros editados nessa época *"[...] registram, pela primeira vez, a transformação dos regimes democráticos em consequência da progressiva expansão dos poderes do Executivo durante as duas guerras mundiais e, de modo geral, do estado de exceção"*. Benjamim, complementando: *"Eles são, de algum modo, os estafetas que anunciam o que hoje temos claramente diante dos olhos, ou seja, que, a partir do momento em que "o estado de exceção [...] tornou-se a regra"*. Continua Agamben, *"ele não só sempre se apresenta muito mais como uma técnica de governo do que como uma medida excepcional, mas deixa aparecer sua natureza de paradigma constitutivo da ordem jurídica"*[13]

Nesse conjunto de ideias, tem-se que no período pós-Primeira Guerra, a Alemanha enfrentava forte crise econômica, social. Impera nesse momento histórico, o sistema de governo parlamentarista democrático. O chanceler que representava o Poder Executivo era nomeado pelo Presidente da República. A Constituição da República de Weimar foi a pioneira em regulamentar os direitos sociais que jamais foram efetivados.

Entretanto, também previa preceito que dava poderes para afastar o sistema posto pela própria Constituição, com o fito de resguardar a ordem. Para tanto, os direitos fundamentais e sociais ali protegidos ficariam suspensos para manter a ordem jurídica.

Dispõe o artigo 48:

> Caso a segurança e a ordem públicas sejam seriamente (erheblich) perturbadas ou feridas no Reich alemão, o presidente do Reich deve tomar as medidas necessárias para restabelecer a segurança e a ordem públicas, com ajuda se necessário das Forças Armadas. Para este fim ele deve total ou parcialmente suspender os direitos fundamentais (Grundrechte) definidos nos artigos 114, 115, 117,

118, 123, 124, e 153.[14]

Não pode ser olvidado que a ascensão de Hitler se deu justamente a partir dessa Constituição, marco representativo de uma evolução do ponto de vista teórico, legitimando a questão do autoritarismo extremado com a indicação de Hitler como primeiro ministro.

Sobre tal tema, ressalta Giorgio Agamben, *verbis*:

> Logo que tomou o poder (ou, como talvez se devesse dizer de modo mais exato, mal o poder lhe foi entregue), Hitler promulgou, no dia 28 de fevereiro, o "Decreto para a proteção do povo e do Estado", que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais. O decreto nunca foi revogado, de modo que todo o Terceiro Reich pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, como um estado de exceção que durou 12 anos. O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, através do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado em sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos que são chamados democráticos.[15]

Esse cenário perdurou por 12 anos e marcou a maior tragédia que a humanidade poderia presenciar, desde o totalitarismo a trágicos acontecimentos históricos, cessando o Estado de Direito formalmente vigente e a iniciação da era do totalitarismo.[vi]

Agamben, citando Schmitt, destaca *"nenhuma constituição do mundo havia, como a de Weimar, legalizado tão facilmente um golpe de Estado"*.[16]

Registro que o governo do Terceiro Reich era legítimo, posto que nomeado pelo Presidente, como dito alhures e a decretação do Estado de exceção se deu nos termos da Constituição da época.

Nessa esteira, é perceptível essa forma de governo nas atuais democracias, a exemplo do Brasil, como a própria permanência do totalitarismo na Constituição dos Estados Democráticos modernos, como será demonstrado adiante. Com efeito, hoje não é mais excepcional, mas o padrão de atuação dos Estados, até porque sua origem advém de regimes democráticos, não podendo afirmar que é resquício do poder soberano, pois, em verdade é um desabrochar de uma realidade que sempre estivera presente desde a sua origem.

Para Gilberto Bercovici, a medida excepcional que fundamenta a circunstância de estado de exceção "*não é, ao contrário do que possa parecer, anarquia ou caos, pois sempre subsiste uma ordem, mesmo que não seja jurídica*"[17]. E continua "*o Estado suspende o direito em razão do direito de autopreservação*"[18]. Configura-se o que o filósofo italiano Agamben designa de força de lei sem lei: "*O estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei* [...] *em que potência e ato estão separados de modo radical*".[19]

É nesse cenário, que é permissível em situações excepcionais do Poder Executivo promulgar decretos com "força de lei sem lei".

5 SIMILITUDES DE ESTADO DE EXCEÇÃO: ERA VARGAS E DILMA

O surgimento do Estado Novo deu-se no governo ditatorial de Getúlio Vargas, entre 1937 e 1945, concentrando o poder nas mãos do Executivo. A Constituição de 1937 foi inspirada nos preceitos da Constituição polonesa, apresentando-se com características eminentemente fascistas. Essa carta centralizava o poder e conferia exageradas atribuições ao Poder Executivo. Nessa época, o Poder Legislativo foi dissolvido, com o fechamento do Congresso Nacional, assim como dos Estados (Assembleias legislativas) e dos Municípios (Câmaras Municipais). Marca o início do autoritarismo e de governo unitário, sendo conhecida como "Polaca", devido a influência da Constituição da Polônia de 1935.

Nas disposições transitórias era previsto a realização de um plebiscito que jamais fora realizado. Assim, enquanto não eleito o novo Parlamento, existia previsão de que o Presidente da República detinha competência para expedir decretos-leis sobre todas as matérias de competência da União.[20]

Esse período ficou conhecido como o "Golpe de 37" e tem uma peculiaridade de grande relevância, pois através de decreto assinado pelo Presidente, foram extintos todos os partidos políticos, com a finalidade de extirpar, em definitivo, a política tradicional da vida brasileira.[21]

Daí a finalidade de erradicar os partidos políticos por espelhar a democracia.[vi]

Embora essa ordem constitucional trouxesse em seu corpo, direitos sociais, trabalhistas, aprovação da Consolidação das Leis Trabalhistas etc, era extremamente autoritária e antidemocrática e esses direitos eram tidos como favores do que genuinamente direitos, ante a figura paternalista de Vargas.[22]

Tal era a amplitude do poder do Executivo que chegou a expedir um decreto-lei, cassando decisão do STF acerca do permissivo constitucional que lhe dava poderes de desempenhar funções do Legislativo.[vii]

Por efeito, o governo brasileiro viveu nesse período um regime ditatorial e em verdadeiro estado de exceção (permanente).

Esse é o panorama geral que tem importância nesse ensaio, como referência do governo ditatorial constitucional, ante o permissivo da mencionada Carta, que de certa forma se assemelha à ditadura constitucional vista na Constituição de Weimar já estudada.

Diante de tais fatos, fazendo uma análise comparativa com o Governo Dilma, é possível identificar, mesmo no Estado Democrático de Direito, resquícios de um governo autoritário.

Anteriormente, restou consignado que o Poder Executivo em sua função legislativa se restringia à lei delegada, edição de decreto regulamentar, na forma do permissivo constitucional e medida provisória. Pois bem.

A Constituição de 1988 defere competência ao Executivo para editar medidas provisórias. Embora contenha no permissivo constitucional limitação temporal e material, o que se presencia, é a governança, através desse mecanismo, até mesmo quando ausente os pressupostos de urgência e relevância.

Vale pontuar que a medida provisória apresenta aspectos similares com a teoria decisionista, quais sejam, a excepcionalidade e ainda, a força de lei sem lei, que é da sua própria natureza.

Partindo para a essência da teoria da decisão, onde "o soberano é aquele que decide", segundo pensamento de Carl Schmitti, onde inexiste

a norma, há um vazio anômico. Ao contrário, a medida provisória funciona como "técnica de governo", como esclarece Agamben. A medida provisória compara-se com o antigo decreto-lei.[ix]

Registre-se que a figura de decreto-lei, genuinamente compreendida, já não mais subsiste no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, vê-se, com clareza que o Poder Legislativo fica submetido ao Poder Executivo, visto que é de competência deste a escolha da matéria a ser discutida no Congresso Nacional.[x]

Há um crescimento vertiginoso de edição de medidas provisórias, que em nada diferem dos mecanismos dos regimes autoritários a exemplo da "Era Vargas", exceto pela modelagem formal impressa na ordem constitucional vigente. Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, as medidas provisórias são "sobrevivência piorada de decreto-lei"[23]. A edição em grande escala de medidas provisórias, por vezes não se atende, os pressupostos de relevância e urgência, que sobremaneira só vem ratificar a governança, através de Medida Provisória.

A função típica de legislar é de competência do Poder Legislativo, assim, consentir que o Executivo detenha amplamente tal poder, é promover o desequilíbrio preconizado pela divisão de poderes e servir como meio para implementação da exceção como regra governamental, sendo, pois, razão de se considerar a medida provisória como instrumento de Estado de exceção na ordem jurídica brasileira, permitindo-se a absorção de competências de um poder pelo outro.

A essência do Parlamento é a de se apresentar como órgão democrático, decisório e representativo. Ao contrário, é manipulado e, devido a sua inércia, a exceção permanente se concretiza, ante a edição de atos do Poder Executivo, pois este tem a aparência de Soberano, visualizando a figura de "súdito" e não o "cidadão". Isto ocorre de forma velada, utilizando a roupagem da "democracia", entretanto, é pura violência daquele poder em face da sociedade, ao governar visualizando os interesses da elite e classes privilegiadas.

Anteriormente, foi pontuado que em determinados momentos o Executivo, por depender do Legislativo para normatizar determinadas situações e implantar ações positivas que atendam o anseio da sociedade contemporânea, ficava engessado, até mesmo pela própria burocracia e morosidade do processo legislativo.

Ocorre que não é usurpando da função de outro poder que obterá

os resultados desejados, pois nem sempre estão envolvidos interesses coletivos. Assim, deve haver uma "interpenetração" dos poderes, para que em conjunto e harmonicamente se obtenha, respeitando a esfera de competência de cada um, o que realmente seja necessário e idôneo do ponto de vista da não violação aos preceitos constitucionais e aos direitos do cidadão na consecução das políticas públicas.

Sob essa ótica, interessante destacar, na atualidade, a edição da Lei geral da Copa, - Lei nº 12.663/2012.

No que diz respeito à mencionada lei, é certo que atendeu aos ditames constitucionais acerca do processo legislativo, mas como já dito, o legislativo tornou-se um órgão manipulado, e nesse âmbito, sem compromisso com o povo, permite que o Executivo com o intuito meramente econômico e político, aceite imposições de terceiros, no caso da FIFA, com o intento de implementar políticas públicas não por via direta, democrática e participativa, mas atendendo interesses da minoria, - a elite - em detrimento do cidadão.

É sabido que o país para acompanhar o desenvolvimento na era da globalização, poderá adotar medidas mais radicais, todavia, não é democrático, utilizar de via inversa para gerir o negócio público, sob o fundamento de proteger "a democracia" e fomentar o setor econômico. Nesse aspecto, diz Agamben "uma 'democracia protegida' não é uma democracia e que o paradigma da ditadura constitucional funciona sobretudo como uma fase de transição que leva fatalmente à instauração de um regime totalitário"[24]. Tem-se nesse caso que concebendo a democracia como ideal e não como um meio prático, evidente sua vulnerabilidade, no momento em que se elege um meio que não se afina com sua finalidade precípua.

Com a promulgação da dita lei, destaca-se nesse ponto que afeta ao Direito Administrativo, pois várias alterações na legislação brasileira foram feitas, podendo ter vigência até 31/12/2014, tanto na esfera administrativa, penal, processual penal como em outros segmentos do direito.

A lei em comento: *"Dispõe sobre as medidas relativas à Copa das Confederações FIFA 2013, à Copa do Mundo FIFA 2014 e à Jornada Mundial da Juventude - 2013, que serão realizadas no Brasil; altera as Leis nºs 6.815, de 19 de agosto de 1980, e 10.671, de 15 de maio de 2003; e estabelece concessão de prêmio e de auxílio especial mensal aos jogadores*

das seleções campeãs do mundo em 1958, 1962 e 1970"

O capítulo IV dispõe sobre a Responsabilidade Civil da União.

> "Art. 22. A União responderá pelos danos que causar, por ação ou omissão, à FIFA, seus representantes legais, empregados ou consultores, na forma do § 6º do art. 37 da Constituição Federal. (grifo do autor)
>
> Art. 23. A União assumirá os efeitos da responsabilidade civil perante a FIFA, seus representantes legais, empregados ou consultores por todo e qualquer dano resultante ou que tenha surgido em função de qualquer incidente ou acidente de segurança relacionado aos Eventos, exceto se e na medida em que a FIFA ou a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano.
>
> Parágrafo único. A União ficará sub-rogada em todos os direitos decorrentes dos pagamentos efetuados contra aqueles que, por ato ou omissão, tenham causado os danos ou tenham para eles concorrido, devendo o beneficiário fornecer os meios necessários ao exercício desses direitos.
>
> Art. 24. A União poderá constituir garantias ou contratar seguro privado, ainda que internacional, em uma ou mais apólices, para a cobertura de riscos relacionados aos Eventos."

A Constituição de 1988 é marco democrático, após a ditadura, o que decerto abriu espaço para a cidadania, e nessa conjuntura, houve alterações na estruturação estatal. Com isso, foi previsto pelo Poder Constituinte no capítulo VII – da Administração Pública, art. 37, § 6º a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e prestadoras de serviço público.

O problema crucial não está na responsabilização da União sobre os danos que vierem a ser causados à FIFA, pois não está caracterizada a Teoria do Risco Integral, uma vez que resta evidente a excludente de responsabilidade, pressuposto essencial do nexo causal, mas no tocante, ao contido no parágrafo único do art. 23 da lei acima mencionada, ou seja, responsabilizar a União sem estabelecer teto para o pagamento das

despesas, nos casos em que sejam causados danos, torna-se uma medida abusiva, desarrazoada e desproporcional, atingindo a sociedade que poderá ser afetada em outros setores estrangulados como saúde, educação etc. O permissivo legal configura-se mais uma hipótese de gasto excessivo.

Embora, o Brasil tenha se candidatado a sediar a Copa 2014, e que através dessa lei ficou estabelecido um contrato entre a União e a FIFA, não quer dizer que o Poder Executivo tenha plenos poderes para submeter à sociedade a normas que venham violar os preceitos constitucionais, não é situação de anormalidade, posto que o evento da Copa, não traz em seu bojo, nenhuma conotação excepcional que justifique ameaça a ordem e segurança para legitimar o Estado a agir na excepcionalidade.

Nessa conjectura, vê-se, claramente, o Legislativo submisso ao Executivo que, na ânsia de realizar o evento, provavelmente visualizando acordos internacionais com o fito de melhorar a economia interna, atropela o verdadeiro significado da boa administração, o que somente vem ratificar o que vem sendo debatido ao longo desse estudo, ou seja, governar com autoritarismo, ao invés de utilizar mecanismos democráticos e legítimos.

Outro exemplo de autoritarismo do Executivo pode ser observado ante a edição do Decreto nº 8.243/2014, que *"institui a Política Nacional da Participação Social – PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social – SNPS."*

O decreto cria "conselhos populares" e vem sendo alvo de críticas, inclusive do Parlamento, objetivando transformá-lo em projeto-lei a ser discutido pelos parlamentares.

Ora, mais um exemplo de governança autoritária, em pleno Estado Democrático de Direito, pois esse decreto surge de forma autônoma, sem o regular processo legislativo. Ao Executivo lhe é dado o poder de editar decreto no estrito permissivo constitucional e nos casos de regulamentar lei anteriormente editada.

O citado decreto tem por escopo a criação de conselhos populares, realizações de conferências e audiências e diversas formas de diálogo, objetivando a realização de consultas públicas no processo de execução, monitoramento e na avaliação de programas e políticas públicas e no aprimoramento da gestão pública.

As nuances do mencionado normativo, por excelência, deveriam ser discutidas pelos representantes do povo, pois nada tem a ver com

"aprofundar a democracia" a não ser a de subverter o regime instaurado pela Constituição de 1988, atendendo aos interesses do Planalto em verdadeiro autoritarismo.

Em outra face, privilegia-se uma parcela da população para participar do processo decisório do país. Estaria com essa medida, moldando-se às exigências da sociedade de forma a atender o progresso e a globalização? Várias são as facetas dos governantes como o objetivo de se perpetuar no poder. Portanto, não se vislumbra, pelo menos a princípio, legitimidade e legalidade na promulgação do citado decreto, o que de certa forma pode responder a questão acima, ou seja, esse não é o caminho democrático.

O tema ganha contornos entre os parlamentares, com a sugestão inclusive de revogação unilateral do decreto pela presidente. Os presidentes do Senado e da Câmara dos Deputados decidiram colocar na pauta das duas Casas Legislativas projetos que visam sustar os efeitos do decreto que cria "conselhos populares".[25]

Atualmente, tramita no Senado Federal o Projeto de Decreto Legislativo – PDC 147/2014 que trata da sustação do referido decreto, com a seguinte ementa:

> "Susta a aplicação do Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014, que institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências."

A última tramitação data de 10/03/2015 – CCJ –Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, aguardando designação do Relator[26], para ao final, respaldado pelo artigo 49, da Constituição Federal sustar os efeitos ato do Poder Executivo que exorbitou o poder regulamentar. O Congresso Nacional utiliza o "Sistema de freios e contrapesos", representando o equilíbrio nas ações dos poderes, permitido pelo Poder Constituinte originário e exercitável por aquele, representado pela Câmara dos Deputados e Senado Federal.

Primeiramente a Câmara dos Deputados apresentou o Projeto de Lei para sustar o famigerado decreto, obtendo êxito, seguindo ao Senado Federal, para conjuntamente sustar em "definitivo" o decreto editado pelo Poder Executivo – Governo Dilma, que instituiu a Política Nacional de Participação Social – PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social

– SNPS, havendo sinalização de que o decreto também será "derrubado", retirando do cenário jurídico seus efeitos.

Trata-se de tema controvertido do ponto de vista político e legal, portanto, não há como dimensionar os efeitos práticos, até porque não é o objetivo desse ensaio, pois o que é essencial é vislumbrar como se deu sua origem no mundo jurídico e isto ficou evidente pelo que foi dito acima, ou seja, pela via do autoritarismo, sem nenhuma situação excepcional que legitimasse o Poder Executivo usurpar poderes do Legislativo. Isto é o que se tem que observar e repensar sobre os valores éticos e o exercício efetivo da cidadania.

Diante do que foi apresentado, é perceptível uma sutil similitude entre o Governo Vargas e Governo Dilma, no que se relaciona ao autoritarismo e perpetuação do poder.

Destarte, não se pretende neste breve estudo afirmar posições definitivas e absolutas sobre o instituto de Estado de Exceção na Constituição de 1988 e no momento atual. Ao contrário, tem como foco principal discorrer sobre o Poder Executivo em sua atividade legislativa, contextualizando os pensamentos filosóficos e políticos sobre a excepcionalidade da medida em situação de emergência.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo presente estudo, buscou-se demonstrar de forma genérica, a atividade legislativa do Poder Executivo, tecendo considerações sobre o Estado de direito e sua interligação com o princípio da legalidade. Identificou-se a origem do Estado de exceção, fazendo uma breve historicidade, pontuando sua aparição no Governo de Getúlio Vargas, com a instauração do Estado Novo, procurando estabelecer um paralelo com o Governo Dilma, na atualidade.

A meta primordial deste ensaio é lançar alguns questionamentos sobre a problemática da previsão legal dos mecanismos postos à disposição do Poder Executivo com o escopo de impulsionar o leitor a fazer uma releitura crítica do cenário político atual, onde se vê uma condição indeterminada entre democracia e absolutismo em que o soberano é aquele que governa a exceção, na visão de Carl Schmitti.

Constata-se diante do que foi exposto, que a Constituição da República de Weimar, apesar de se destacar como um modelo na questão

do avanço em direitos sociais representou o marco da história do Estado de exceção, o qual, diga-se de passagem, durou cerca de 12 (doze anos), em que pese na época ter sido legítima e legal a decisão excepcional e, não a prolongada permanência.

Os temas aqui abordados indicam que o estudo do Estado de exceção é uma fonte inesgotável de reflexão sobre seus efeitos na sociedade e no Estado, pois, como restou consignado, pode ser entendido como "técnica de governo", como pensa o filósofo italiano Giorgio Agamben.

Por efeito, fora analisada a teoria da tripartição dos poderes e sua importância na sociedade democrática, dando ênfase aos formatos normativos disponíveis para a administração pública implementar políticas públicas, sem usurpar a função legislativa, a fim de atender aos anseios da sociedade contemporânea, ante a globalização, contemporizando esses conceitos com a atuação legítima e legal.

Foi destacado como funciona o permissivo constitucional da medida provisória e sua utilização como mecanismo de governar o país, ante a fragilidade e ineficiência da administração pública em gerir os conflitos emergentes da sociedade.

O formato de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo são fatores primordiais para a identificação do Estado de exceção (permanente?). Diante dessa constatação, foi demonstrado factualmente, similitude entre a governança "Vargas" e Dilma, principalmente, devido ao crescimento vertiginoso de medidas provisórias e a promulgação de decreto criando "conselhos populares", neste último caso, usurpando a competência do Legislativo, o qual se encontra em vias de ser afastado do mundo jurídico.

O propósito não é afirmar que se está em momento de Estado de Exceção, pelo contrário, ele pode perfeitamente conviver com a democracia. Nessa linha, o objetivo desse estudo é trazer à baila esses conceitos com o intuito que os operadores do direito e cidadãos reflitam sobre as ações do Poder Executivo e do Legislativo que representa a vontade do povo.

Deste modo, foram feitas considerações sobre o pensamento filosófico do instituto do Estado de Exceção e seus conceitos básicos, enfatizando o aspecto ilegítimo e ilegal de sua decretação, no decorrer do seu desenvolvimento, enfatizando sua aparição no Estado Novo no governo de Getúlio Vargas.

Percebe-se, que sempre há uma justificativa pronta para o desrespeito. Elegeu-se uma técnica de governar, sob os auspícios de uma suposta

necessidade de democracia participativa. Ocorre que tal conduta, como foi exposta no decorrer desse estudo é contrária ao Estado Democrático de Direito, onde este não só deve garantir os direitos fundamentais, como propiciar prestações positivas que firmem essa concepção, sem, contudo, usurpar funções que não são afetas ao governante, nem tampouco violar direitos dos cidadãos.

Ressalte-se, por oportuno, que ao estabelecer um liame entre a "Era Vargas" e Governo Dilma, não significa dizer que se está diante de um regime ditatorial, ao contrário, não há mais espaço para tal retrocesso no seio da sociedade brasileira contemporânea, pois tal situação resultaria em aniquilamento da democracia.

É sob o prisma do Estado Democrático de Direito que se desenvolve a afirmação das garantias e liberdades individuais, não encontrando espaço para arbitrariedades do gestor público, que agindo dessa forma se perpetua no poder, sob o manto de democracia "velada".

Desse modo, é no regime democrático que são garantidos os direitos e garantias individuais, os quais poderão ser suspensos como o foram, na instauração do Estado Novo – Governo "Vargas", submetendo os cidadãos a excepcionais situações com a justificativa de manter a ordem jurídica e proteção do povo. Época ditatorial abominada pela sociedade contemporânea, por representar o aniquilamento da democracia.

Repensar conceitos e valores antigos e transformá-los são medidas que se impõem, contextualizando as nuances atuais, como forma de governar, se valendo do mecanismo "estado de exceção" em situações factualmente excepcionais e, não o utilizando como regra, pois o que o gestor público deve ter em mente é gerar uma nova ordem e o progresso e, não o caos e a desordem, sob pena de haver um desmonte do modelo estrutural da administração pública contemporânea, em razão de o discurso ser completamente diferente da prática.

Diante do que foi abordado, constata-se que esse tema não se esgota neste compacto estudo, requerendo uma constante diligência e análise profunda das questões que a sociedade clama, visando uma real democratização da atividade administrativa.

THE NORMATIVITY OF PUBLIC ADMINISTRATION AT STATE OF PERMANENT?

ABSTRACT: The study of the rule of law and legality faced with the Normative Power of government legality, under the regulatory and normative power of the executive branch, emphasizing the permissibility of constituent power before this legitimacy. In this context, the organic division of powers finds its apex in Montesquieu's proposal, emerging in the legal world – the democracy. The present work seeks to problematize the legal mechanisms available to the Executive Branch, in order to implement public policies, with the aim of making a critical re-reading of the current political scene. It examines historical synthesis on the state of exception, as well as the similar state of exception: Vargas era and Dilma. Thus, the need to rethink old concepts and values overlaps to a real democratization of administrative activity.

KEYWORDS: Normativity of public administration. Rule of law. Legality. State of exception.

Notas justificativas

[i] Em outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe. Tais poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 83.

[ii] Celso Ribeiro Bastos, cita. "Montesquieu, entretanto, foi aquele que, por primeiro, de forma translúcida, afirmou que tais funções devem corresponder a órgãos distintos e autônomos. Em outras palavras, para Montesquieu a divisão funcional deve corresponder a uma divisão orgânica. Os órgãos que dispõem de forma genérica e abstrata, que legislam, enfim, não podem, segundo ele, ser os mesmos que executam, assim como nenhum destes pode ser encarregado de decidir as controvérsias. Há de existir um órgão (usualmente denominado poder) incumbido do desempenho de cada uma dessas funções, da mesma forma que entre eles não poderá ocorrer qualquer vínculo de subordinação. Um não deve receber ordens do outro, mas cingir-se ao exercício da função que lhe empresta o nome."

[iii] CLÈVE. Op.cit., p.126-127 "[…] As leis de autorização legislativa devem definir o objeto, o sentido, a extensão e a duração da delegação, que pode ser prorrogada. Ademais, as autorizações legislativas não devem ser utilizadas mais de uma vez, sem prejuízo de sua execução parcelada. Quanto ao tempo, as autorizações caducam com a demissão do governo, com o termo da legislatura ou com a dissolução da Assembleia da República"

[iv] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A nova Constituição da República revelou-se extremamente fiel ao postulado da separação de Poderes, disciplinado, mediante regime estrito, a possibilidade, sempre excepcional, de o Parlamento proceder a delegação legislativa externa em favor do Poder Executivo. A delegação legislativa externa, nos casos em que se apresente possível, só pode ser veiculada mediante resolução, que constitui o meio formalmente idôneo para a consubstanciar, em nosso sistema constitucional, o ato de outorga parlamentar de funções normativas ao Poder Executivo. A resolução não pode ser validamente substituída, em tema de

delegação legislativa, por lei comum, cujo processo de formação não se ajusta a disciplina ritual fixada pelo art. 68 da Constituição. (...)" (STF, ADIn 1.296-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 10-8-1995).

[v] CLÈVE. Op.cit., p.126-127. "No mundo contemporâneo, não é difícil perceber que a lei vem sendo, também, elaborada pelo Executivo. À luz do direito comparado, parece ser possível afirmar que o Executivo legisla em face de delegação (i) como assento constitucional: em face de (ii) delegação anômala e, finalmente, em face de (iii) atividade legislativa decorrente de atribuição constitucional. No último caso, a atribuição pode ser exercida em (iii.a) situação de normalidade constitucional ou (iii.b) em situação de crise".

[vi] Para Agamben, "o totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político", [apresentando-se, por excelência, o Estado de exceção, como um patamar de indistinção entre democracia e absolutismo." Agamben sinaliza que, para Carl Schmitt "soberano é aquele que governa na exceção"

[vii] Segundo Neto Lira, "Erradicar aquilo que nas palavras do próprio Getúlio era definido como "o ranço democrático" – ou "as filigranas doutrinárias e as falsas noções de liberdades políticas".

[viii] Daniel Sarmento. "Aqui temos que: como o Legislativo esteve fechado durante o Estado Novo, o Próprio Presidente chegou a editar um decreto-lei (DL.1564/1939) cassando decisão do STF que exercera controle de constitucionalidade sobre outro decreto-lei do regime, invocando o art.180 da Carta, que lhe permitia desempenhar as funções do Parlamento enquanto este não se reunisse. Houve protesto do STF, naturalmente, aposição do governo prevaleceu."

[ix] Explica Alexandre de Moraes "[...] apesar dos abusos efetivados com o decreto-lei, a prática demonstrou a necessidade de um ato normativo excepcional e célere, para situações de relevância e urgência. Pretendendo regularizar essa situação e buscando tornar possível e eficaz a prestação legislativa do Estado, o legislador constituinte de 1988, previu as chamadas medidas provisórias, espelhando-se no modelo italiano."

[x] AGAMBEN esclarece: "Isso significa que o princípio democrático da divisão dos poderes hoje está caduco e que o Poder Executivo absorveu de fato, ao menos em parte, o Poder Legislativo. O Parlamento não é mais o órgão soberano a quem compete o poder exclusivo de obrigar os cidadãos pela lei: ele se limita a ratificar os decretos emanados do Poder Executivo. Em sentido técnico, a República não é mais parlamentar e, sim governamental. E é significativo que semelhante transformação da ordem constitucional, que hoje ocorre em graus diversos em todas as democracias ocidentais, apesar de bem conhecida pelos juristas e pelos políticos, permaneça totalmente desapercebida por parte dos cidadãos.

Notas de rodapé

[1] BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 1989. p. 300.

[2] DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 186.

[3] BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 152-153.

[4] CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade legislativa do Poder Executivo 3. ed. São Paulo: RT, 2009, p.102/106.

[5] Ibidem, p. 127.

[6] MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 58.

[7] CARDOSO, Henrique Ribeiro. Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.112.

[8] AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. São Paulo: Boitempo, 2003, p. 58.

[9] Ibidem, p. 24-39.

[10] Ibidem, p. 33.
[11] Ibidem, p.32.
[12] Ibidem, p. 37
[13] Ibidem, p.18
[14] Ibidem, p.28
[15] Ibidem, p. 12.
[16] Ibidem, p. 28.
[17] BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Estado de exceção permanente – atualidade de Weimar. Rio de janeiro: Azougue, 2004, p. 66.
[18] Ibidem, p. 67.
[19] AGAMBEN, Op. cit. p. 61.
[20] FERNANDES. Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 4. ed. Salvador: Juspodium, 2012, p. 259.
[21] NETO, LIRA. Getúlio. Do governo provisório à ditadura do Estado Novo. São Paulo: Companhia das letras, 2013, p. 318.
[22] SARMENTO. Daniel. Por um constitucionalismo inclusivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 41-45.
[23] BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. Sobrevivência piorada do decreto-lei. Folha de São Paulo, São Paulo, 2 maio 1996, Caderno I, p. 3.
[24] AGAMBEN, Op. cit. p.29.
[25] Disponível em: < http://politica.estadao.com.br/noticias/geral, renan-e-alves-afirmam-que-vao-pautar-projetos-para-anular-criacao-de-conselhos-populares,1511479.> Acesso em: 29/06/2014.
[26] Disponível em: < http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=118766r.> Acesso em: 28/05/2015.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2003.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ATALIBA, Geraldo. *Poder regulamentar do Executivo*. *In: Revista de Direito Público,* ano XIV, janeiro/junho - 1981, nº 57-58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. *Sobrevivência piorada do decreto-lei.* Folha de São Paulo, São Paulo, 2 maio 1996, Caderno I.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 11. ed., São Paulo, Saraiva, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Ciência política*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras: poder normativo,*

consulta pública e revisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de exceção permanente – atualidade de Weimar.* Rio de Janeiro: Azougue, 2004.
CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. (Cap. I e IV)
_____. *Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. (Cap. IV).
CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo* 3. ed. São Paulo: RT, 2000.
DALLARI**,** Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.
FERNANDES. Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 4. ed Salvador: Juspodium. 2012.
GRAU, Eros Roberto. O *direito posto e o direito pressuposto.* 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado.* Tradução: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 26. ed. São Paulo. Atlas, 2010.
NETO, LIRA. Getúlio. *Do governo provisório à ditadura do Estado Novo*. São Paulo: Companhia das letras, 2013.
RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. Tradução: José Cretella Júnior. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
SARMENTO. Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2003.
ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
ATALIBA, Geraldo. *Poder regulamentar do Executivo*. *In: Revista de Direito Público,* ano XIV, janeiro/junho - 1981, nº 57-58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. *Sobrevivência piorada do decreto-lei.* Folha de São Paulo, São Paulo, 2 maio 1996, Caderno I.
BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 11. ed., São

Paulo, Saraiva, 1989.
BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
_____. *Ciência política*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública e revisão judicial.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de exceção permanente – atualidade de Weimar.* Rio de Janeiro: Azougue, 2004.
CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. (Cap. I e IV)
_____. *Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. (Cap. IV).
CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo* 3. ed. São Paulo: RT, 2000.
DALLARI**,** Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.
FERNANDES. Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 4. ed Salvador: Juspodium. 2012.
GRAU, Eros Roberto. O *direito posto e o direito pressuposto.* 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado.* Tradução: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 26. ed. São Paulo. Atlas, 2010.
NETO, LIRA. Getúlio. *Do governo provisório à ditadura do Estado Novo*. São Paulo: Companhia das letras, 2013.
RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. Tradução: José Cretella Júnior. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
SARMENTO. Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.