

Tripartição semântica do poder e dualidade fática?

Emerson Garcia

Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em Education Law and Policy pela European Association for Education Law and Policy (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Membro da International Association of Prosecutors (Haia – Holanda).

1. CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA

É sabido que a divisão das funções estatais garante a especialização e a independência no seu exercício, o que evita os conhecidos e inevitáveis males da concentração do poder. Não se trata unicamente de princípio de especificação de órgãos e funções. É, em essência, princípio de coordenação e manutenção da unidade e organicidade do Estado, mostrando-se indispensável à salvaguarda das liberdades e dos direitos individuais. Ante a inafastabilidade da divisão, a ordem constitucional disciplina as diferentes funções estatais de modo que cada uma exerça suas próprias atribuições e obedeça a esfera das demais, o que afastará a oposição de óbices recíprocos e permitirá a coadjuvação e a comunhão entre todas as funções. Pode-se afirmar que independência e harmonia não são premissas conceituais que se excluem; pelo contrário, integram-se e complementam-se.

A divisão dos poderes é o epicentro de qualquer organização estatal, fonte de equilíbrio e diretriz de concretização dos princípios fundamentais do Estado¹. Divisão mal dimensionada ou deturpada, com sobreposição de poderes ou preeminência de estruturas de poder, é fonte constante de conflitos institucionais, isso sem olvidar o próprio comprometimento do princípio democrático, consequência inevitável sempre que, por exemplo,

1 Cf. TROPER, Michel. *La Séparation des Pouvoirs et l'Histoire Constitutionnelle Française*, Paris: L.G.D.J., 1973, p. 11-16.

o Poder Legislativo seja enfraquecido nessa divisão. Cada órgão estatal deve exercer o poder na medida em que o recebeu. Como ressaltou Rui Barbosa,² “*onde se estabelece uma Constituição, como delimitação da autoridade para cada um dos grandes poderes do Estado, claro é que estes não podem ultrapassar essa autoridade, sem incorrer em incompetência, o que em direito equivale a cair em nullidade. Nullus est major defectus quam defectus potestatis*”.

É recorrente, na técnica constitucional, a utilização de cláusulas distributivas para a partição de competências entre as estruturas estatais de poder. A outorga de competência a uma estrutura importa a sua correlata interdição às demais. Como é recorrente no direito norte-americano, “*the powers confided to one department cannot be exercised by the other.*” Nesse particular, a utilização de cláusulas negativas não é nada usual (v.g.: ao Legislativo é defeso julgar; ao Judiciário, legislar etc.). Quando muito, verificada a possibilidade de a interpretação constitucional alcançar conteúdos ampliativos ou de a legislação infraconstitucional incursionar na matéria, são utilizados alguns advérbios de reforço, tais como “*privativamente*” e “*exclusivamente*”. Ressalte-se que o emprego desses advérbios em algumas passagens do texto constitucional não deve legitimar todo e qualquer argumento *a contrario*, de modo a não visualizar privatividade ou exclusividade de competências em situações ínsitas e indissociáveis do sistema. Esses advérbios, quando contemplados, refletem um *plus*, não um *minus* em relação às disposições constitucionais que não os contemplaram.

Para que as distintas estruturas orgânicas coexistam de modo harmônico é necessário que cada uma delas respeite a esfera de competências das demais e, quando, por imposição constitucional, devam interagir, o façam com zelo e respeito mútuos, sempre com o espírito de colaboração, jamais de confronto ou concorrência. No *Federalist* nº 47,³ Madison observava que “*a acumulação de todos os poderes, legislativo, executivo e judiciário, nas mesmas mãos, não importa se de um, alguns ou muitos, ou se hereditário, escolhido ou eleito, pode ser considerada a melhor definição de tirania*”. Reconhecia, no entanto, que, apesar de separados, os

2 **Commentários à Constituição Federal Brasileira**, coligidos e ordenados por Homero Pires, v. I, "Das Disposições Preliminares", São Paulo: Saraiva & Cia., 1932, p. 8.

3 HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. **The Federalist**. New York: Barnes & Noble Classics, 2006, p. 267.

podere não atuam de forma isolada, sendo necessária a existência de mecanismos de supervisão e de pressão entre eles, condição indispensável à manutenção do equilíbrio. No *Federalist* nº 51⁴ acresceu que os diversos departamentos do governo devem ser divididos e organizados “*de modo que cada um possa ser o controlador do outro*”. É o sistema dos *checks and balances*.

Com o objetivo de garantir a integridade dos fins do aparato estatal e a pureza dos meios utilizados pelas funções constituídas, são estabelecidos mecanismos de integração entre elas, o que permite a implementação de um sistema de controle recíproco e o legítimo exercício de atividades anômalas, ontologicamente pertencentes a determinada função, mas constitucionalmente outorgadas a outra. É o denominado sistema dos freios e contrapesos (*systeme de freins et de contrapoids* ou *checks and balances*), que busca proscrever o arbítrio e a tirania, práticas deletérias que se veriam condicionadas ao improvável conluio entre autoridades independentes e que apresentam um certo grau de interpenetração em suas atividades. Desse modo, tem-se um sistema de controle mútuo (“*Le pouvoir arrête le pouvoir*”) que preserva a harmonia norteadora da coexistência das diferentes funções estatais. Como acentuado pelo Tribunal Constitucional alemão, o objetivo é tornar o Estado moderado e proteger a liberdade dos indivíduos (“*die Staatsmacht gemäßigt und die Freiheit des Einzelnen geschützt wird*”)⁵ Ainda releva observar que nenhuma função pode fiscalizar as demais sem ser fiscalizada, pois “*qui custodit custodem?*”.

Apesar das inegáveis contribuições de Aristóteles⁶ e Locke,⁷ a honra maior dessa sistematização coube a Montesquieu,⁸ que, esmiuçando as instituições inglesas, demonstrou, cabalmente, a necessidade de a divisão funcional do poder ser associada à divisão orgânica, de modo que as distintas funções não possam ser exercidas pelo mesmo órgão. Essa divisão, em sua expressão mais simples, indica que o Poder Legislativo (*die Gesetzgebung*) edita a lei a ser observada por todos; o Poder Executivo (*die vollziehende Gewalt*) cumpre os seus comandos, praticando os

4 *Op. cit.*, p. 287.

5 *BVerfGE* 9, 268/279f.

6 **A Política**, trad. de FERREIRA, Roberto Leal. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 127 e ss..

7 **The second treatise of government: essay concerning the true original, extent and end of civil government**, 3ª ed., Norwich: Basil Blackwell Oxford, 1976, §§ 143 a 148.

8 **De L'Ésprit des Lois**, *Tome 1^{er}*. Paris: Garnier Frères, 1949, p. 163 e ss..

atos administrativos necessários à realização desse objetivo, e o Judiciário (*die Rechtsprechung*) julga, em caráter definitivo, os conflitos de interesses que sejam submetidos à sua apreciação.⁹ Há, nesse caso, uma divisão horizontal do poder, isso por estarem os diferentes órgãos em posição de igualdade, não sendo divisada qualquer hierarquia ou absorção, somente existindo uma relação de dependência entre eles nas hipóteses indicadas na ordem constitucional. Com isso, busca-se estabelecer condicionamentos recíprocos de modo a preservar o equilíbrio institucional e a obstar o surgimento do arbítrio.

Ainda sob a ótica horizontal, também seria possível falar, ao menos teoricamente, em divisão “flexível” (v.g.: o modelo parlamentar europeu) e em divisão “rígida” (v.g.: o modelo presidencial americano), o que, respectivamente, corresponderia, ou não, à capacidade de destruição recíproca do Legislativo e do Governo: com a dissolução da Assembleia ou a censura do Governo.¹⁰ Esse modelo, evidentemente, apresenta inúmeras nuances quando transposto para a realidade, o que inviabiliza a formação de arquétipos rígidos a seu respeito. De qualquer modo, é inegável que o princípio da divisão dos poderes apresentará contornos que variarão conforme os sistemas de organização do poder político: sistemas parlamentar, presidencial e a variante do semi-presidencialismo, que tenderá a se aproximar de um ou outro.

Pois bem, a Constituição brasileira, ao menos no plano semântico, adotou, em seu art. 2º, a tripartição do poder. O problema é que, após a reconstrução democrática do País, estamos caminhando, a passos largos, rumo a um sistema dual, sem o Poder Legislativo. O objetivo dessas breves linhas é simplesmente o de chamar a atenção para a existência do problema e, quem sabe, despertar o interesse da classe política brasileira para a necessidade de enfrentá-lo.

2. A EXISTÊNCIA MERAMENTE SEMÂNTICA DO PODER LEGISLATIVO BRASILEIRO

Observa-se, inicialmente, que padecemos de males semelhantes àqueles vivenciados por incontáveis Estados contemporâneos, sendo o principal deles a substituição da tensão dialética, de natureza institucional,

9 Cf. JARASS, Hans D. e PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar*. 10 ed., Münschen: C. H. Beck, 2009, p. 487.

10 Cf. FAVOREU, Louis, GAÏA, Patrick, GHEVONTIAN, Richard, MESTRE, Jean-Louis, PFERSMANN, Otto, ROUX, André e SCOFFONI, Guy. *Droit Constitutionnel*, 6ª ed., Paris: Éditions Dalloz, 2003, p. 339.

entre “Legislativo e Executivo”, pela contraposição, de natureza partidária, entre “bloco de governo e bloco de oposição”, o que termina por anular qualquer postura independente do Legislativo quando o partido alçado à Chefia do Executivo (com a colaboração dos partidos aliados) nele também se instala e assume caráter dominante.

Enquanto a expressão “*partido político*” indica o conjunto de pessoas, dotadas de semelhanças ideológicas, que se reúnem para conquistar e manter o poder, o designativo “*partitocracia*” (*Parteienstaat* para os alemães, *Stato di Partiti* ou *Partitocrazia* para os italianos) significa, em sentido lato, “*o governo dos partidos*”¹¹ As decisões já não são mais tomadas pelos parlamentares, mas, sim, pelos dirigentes dos seus partidos, cuja influência é diretamente proporcional à sua falta de visibilidade para a opinião pública. Quando ocupam cargos no governo e são flagrados em escândalos de corrupção, retiram-se e passam a atuar nos bastidores, influenciando as decisões do partido, de modo que possam voltar ao poder em momento político mais favorável. As instituições, com isso, deixam de ser o epicentro estrutural do poder, cedendo lugar aos partidos políticos, que dominam a cena política e absorvem as instituições.

Além dos problemas sistêmicos inerentes a qualquer democracia, o nosso sistema tem sido campo fértil ao florescer desse vício. Basta lembrar que teimamos em atribuir funções legislativas ao Poder Executivo.

No passado, tínhamos os “*decretos-lei*”: decretos por emanarem do Executivo, lei por tratarem de matérias que o direito público contemporâneo têm tradicionalmente outorgado às câmaras legislativas e por terem força derogatória sobre as normas legais preexistentes. Não obstante a similitude semântica, essa espécie normativa sempre assumiu, no continente latino americano, especificidades que a distinguiam de outros paradigmas de análise. Na sóbria constatação de Giuseppe Vestì,¹² nos regimes democráticos, os decretos-leis sempre tiveram a sua difusão associada aos sistemas de governo do tipo parlamentar, caracterizados pela relação de confiança existente entre os órgãos executivo e legislativo, de modo que a vontade externada pelo primeiro era vista como o entendimento do último; nos sistemas presidenciais, por sua vez, reservava-se o seu uso às situações particularíssimas, que “*integram os extremos da mais absoluta necessidade e urgência*”, como aquelas que colocam em

11 FERNANDEZ DE LA MORA, Gonzalo. *La Partitocracia*. Madrid: Institutos de Estudios Políticos, 1977, p. 149.

12 Vestì. Giuseppe. *Il decreto-leggi*. Napoli: Jovene, 1967, p. 13-20.

risco “*a independência nacional, a integridade do território, o funcionamento das instituições constitucionais e a execução de tratados internacionais*”; na forma de governo do tipo monárquico, em franco desuso na atualidade, o decreto-lei era uma opção natural para o soberano absoluto que consentiu com a presença de uma assembleia representativa. O autor italiano ainda observa que, após o segundo conflito mundial, o denominado Estado autoritário, caracterizado pela concentração de poderes, teve franca expansão, sofrendo posterior retração face ao reconhecimento da democracia enquanto ideal universal e à crescente proteção aos direitos humanos.

A Carta ditatorial de 1937 foi responsável pela introdução dos decretos-lei no direito brasileiro: entre 1937 e 1946 foram publicados 9.908 Decretos-Lei, a quase totalidade pelo Presidente Getúlio Vargas, alguns poucos pelo Presidente interino José Linhares (outubro de 1945 a janeiro de 1946), isto após a queda de Vargas, e outros pelo Presidente eleito Emílio Gaspar Dutra (fevereiro a setembro de 1946). Os Decretos-Lei ressurgiram com o Golpe de 1964, tendo ornado a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/1969, perdurando até a Constituição de 1988. Não é necessário um aguçado espírito científico para se constatar que, no Brasil, sempre que a democracia se fez ausente, o decreto-lei emergiu com inegável vigor.

No último período em que adotado no constitucionalismo brasileiro, o Decreto-Lei, após a sua edição e imediata entrada em vigor, era submetido à apreciação do Congresso Nacional, que deveria apreciá-lo em 30 dias, prazo posteriormente prorrogado para 60 dias, isso sob pena de aprovação pelo decurso do prazo. Esse sistema foi modificado pela Emenda Constitucional nº 22/1982, passando a ser imperativa a inclusão, do decreto-lei, na ordem do dia, nas dez sessões subsequentes, em dias sucessivos, sempre que não tivesse sido aprovado no prazo de 60 dias. Se, ao final dessas sessões, não fosse apreciado, seria considerado aprovado. Apesar da limitação das matérias passíveis de serem reguladas por Decreto-Lei (segurança nacional, finanças públicas, incluindo normas tributárias, criação de cargos públicos e fixação de vencimentos – EC nº 1/1969, art. 55, I a III), o Supremo Tribunal Federal realizava um controle meramente empírico, o que estimulava o Executivo a dispensar interpretação extremamente ampla aos conceitos constitucionais, estendendo em demasia o potencial expansivo dessa espécie normativa.

Após a reconstrução democrática do País, o que era estranho à democracia foi por ela referendado, desta feita com o pomposo nome de “*medida provisória*”: medida por ter alguma funcionalidade, provisória por ter eficácia por apenas trinta dias e estar sujeita à posterior rejeição pelo Legislativo. Face à ausência de restrições em relação às matérias passíveis de serem reguladas por esse instrumento, à inércia do Legislativo em apreciá-las e à inacreditável inexistência de limites para a reedição da mesma medida provisória, o resultado foi catastrófico: em pouco mais de uma década foram editadas milhares de medidas provisórias, algumas delas reeditadas quase uma centena de vezes, não raro com alterações no texto anterior, o que causava calafrios no mais dedicado dos operadores do direito. Afinal, como transitar nesse manancial de medidas definitivas, ditas provisórias? Para “amenizar” esse “pequeno problema”, que faria melhor figura num anedotário, não na ordem constitucional de um Estado Democrático de Direito, foi promulgada a Emenda 32/2001, a qual, longe de extinguir o cancro, aplicou-lhe alguns poucos lenitivos: excluiu algumas matérias do alcance das medidas provisórias; eliminou a possibilidade de reedição, permitindo, apenas, a prorrogação de sua vigência por sessenta dias no caso de inércia do Congresso; e estabeleceu uma consequência para o caso de não apreciação pelo Legislativo, o sobrestamento da pauta. Como o Executivo continuou a editar medidas provisórias e o Legislativo continuou lento, o resultado foi o trancamento da pauta – somente a partir de 17 de março de 2009 o Legislativo passou a adotar o entendimento de que o sobrestamento alcançava, apenas, as deliberações que versassem sobre matérias passíveis de serem reguladas por medida provisória, decisão que foi monocraticamente mantida no âmbito do Supremo Tribunal Federal (MS nº 27.931-1/DF, rel. Min. Celso de Mello). Para “compensar” as concessões ao regime democrático, a reforma constitucional manteve em vigor, indefinidamente, todas as medidas provisórias editadas até o seu advento.

Não bastasse a anomalia das medidas provisórias, é difícil imaginar que o Legislativo brasileiro volte a protagonizar episódio semelhante ao *impeachment* do Presidente Collor. Na atualidade, a mera convocação de um Ministro de Estado para prestar esclarecimentos já se transforma em uma odisséia. Com o domínio do bloco de governo, raramente se aprova o que não convém ao Presidente da República.

Nas poucas ocasiões em que o avassalador predomínio do Poder Executivo não se impõe sozinho, as dificuldades existentes (ou propositalmente criadas) não são superadas com os olhos voltados à satisfação do interesse público. O objetivo, quase sempre, é negociar a aprovação de matéria de interesse do bloco de oposição ou atender à voracidade das legendas partidárias no preenchimento do elevado quantitativo de atraentes cargos em comissão e funções de confiança que, tal qual arroz em época de chuva, brota em todos os rincões do nosso País. Basta lembrar, por exemplo, que o salário anual dos diretores da Petrobras se aproxima de um milhão de reais. Outra prática comum é a apresentação de emendas ao orçamento, igualmente “negociadas” com o Executivo, para a canalização de recursos aos nichos eleitorais dos aliados de plantão.

Acresça-se que Ministros de Estado e Secretários Estaduais, Distritais ou Municipais, bem como chefes de missão diplomática temporária, podem ser recrutados, pelo Executivo, no seio do Congresso Nacional. Em *terra brasilis*, ainda não aprendemos o que franceses e norte-americanos aprenderam já no final do século XVIII: é incompatível o estatuto do congressista com o exercício de funções inerentes ao Executivo. E porquê? Há muito respondeu o clássico João Barbalho:¹³ porque constitui “*uma barreira contra a corrupção pelo poder executivo*”. De acordo com o sistema vigente, apesar de o povo escolher os parlamentares, estes, caso escolhidos pelo Executivo, cedem lugar a outros parlamentares, que recebem um quantitativo de votos inferior e que ostentam, por conseguinte, menor prestígio junto ao povo. E se o Parlamentar escolhido for um Senador, a situação ainda é mais grave: assumirá o suplente, normalmente um parente ou compadre do eleito, cuja identidade raramente é conhecida pelo eleitor, mas que teve a feliz oportunidade de compor a chapa do Senador, sempre eleito com dois suplentes.

3. EPÍLOGO

A situação atual, por certo, é muito atrativa para o fisiologismo de inúmeras legendas partidárias e de não poucos parlamentares, atraídos que são pelas benesses do Executivo. Espera-se, no entanto, que os parlamentares sérios do Legislativo brasileiro, pertençam, ou não, ao “bloco

13 *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*. Rio de Janeiro: Companhia Litho-Typographia, 1902, p. 72.

de oposição”, consigam frear a nossa jornada, aparentemente sem volta, rumo à bipartição do poder. Enquanto isso, as negociatas prosseguem (*é dando que se recebe...*) e o nosso Congresso Nacional continua a esfacelar a sua imagem junto à opinião pública, opção sempre perigosa quando lembramos que a ditadura há pouco findou e o nosso povo ainda carece de uma verdadeira consciência democrática. ❖