

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1984
ANO 21 • NÚMERO 84

A nova divisão de funções governamentais

(a propósito do substitutivo Bornhausen)

TORQUATO JARDIM

Advogado. Professor na Universidade
de Brasília. Decano do Instituto de
Estudos Políticos

Dentre as tarefas de importância eventualmente histórica à espera do Congresso Nacional está a deliberação sobre as emendas parlamentaristas dos Deputados Herbert Levy e Victor Faccioni, condensadas no substitutivo do relator da Comissão Mista, o Senador Jorge Bornhausen (*).

A proposta, pela sua repercussão e, em particular, pelo que corajosamente inova, começa já a ser justamente comentada por parlamentares e pela crônica política.

(*) N.R.: Veja Parecer nº 67, de 1984-CN, da Comissão Mista do Congresso Nacional, incumbida de examinar e emitir parecer sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 1983. Relator: Senador Jorge Bornhausen (DCN — 26-9-84).

O substitutivo do Senador Bornhausen rompe com duas barreiras cruciais: o preconceito da “separação de poderes” e a submissão intelectual aos modelos estrangeiros prontos e acabados.

Consagrado constitucionalista afirma que “dentre todas as falácias modernas que obscureceram o ensino verdadeiro do direito constitucional, poucas são piores que a doutrina extremada da separação de poderes e o uso indiscriminado da expressão “freios e contrapesos”. (...) Para essa dissipação do poder governamental” — prossegue ele — “não encontro qualquer precedente adequado na história constitucional. Tal sistema só gerou desastres desde a sua adoção; além do que, não é ele fruto de qualquer experiência política anterior. (...) É apenas uma ficção da mente de *doctrinaires* do século XVIII (da Inglaterra)” (1).

A história constitucional inglesa, conclui o autor, revela que o governo é constituído de uma *iurisdictio*, “sob a proteção de tribunais independentes”, e de um *gubernaculum* “forte o bastante para desempenhar todas as tarefas essenciais e suficientemente óbvias, de sorte a garantir a plena responsabilidade para com o povo pela fidelidade da execução” (2).

Outro estudioso confirma essa análise quando observa que MONTESQUIEU “erroneamente apontou na Inglaterra uma divisão Executivo-Legislativo ao ver o rei e o parlamento em freqüente desacordo, não se apercebendo de que o ramo legislativo estava de fato intimamente ligado à *operacionalidade* do Executivo por intermédio do primeiro-ministro e do gabinete” (3).

A percepção da necessidade de mudança não escapa nem mesmo aos observadores da cena do presidencialismo freqüentemente tido como o mais bem sucedido, o norte-americano (4).

Assessores da Casa Branca e senadores propõem reformas para instauração de um regime quase-parlamentar, no qual um certo número

(1) McILWAIN, Charles H. *Constitutionalism — Ancient and Modern*. Ithaca, Cornell University Press, 1974 (ed. rev.) 1976 (4ª imp.), pp. 141-143.

(2) Id., p. 144.

(3) PHILLIPS, Kevin P. *Post-conservative America*. New York, Random House, 1982, p. 210.

(4) Não se trata, contudo, de presidencialismo propriamente dito, em razão da permanente interação Executivo-Legislativo, a começar pelas centenas de cargos executivos e judiciários cujo preenchimento pede consentimento prévio do Senado. Essa operacionalidade integrada é que escapou totalmente à observação dos constituintes de 1891, quando pretenderam transplantar para o Brasil o sistema norte-americano.

de pastas administrativas sejam obrigatoriamente confiadas a membros do Congresso Nacional.

A separação de poderes — afirma um deles, “tornou-se uma estrutura que assegura mais a paralisia política” do que o acordo, para o que faz, dentre outras, estas três sugestões: a dissolução do Congresso quando do impasse, mandato único de seis anos para o Presidente da República e voto vinculado para Presidente, senador e deputado federal (5).

BORGES DE MEDEIROS, embora ele próprio exemplo notável do caudilhismo autoritário, pedia, já em 1933, um novo presidencialismo, “contanto que temperado pela mescla de elementos do parlamentarismo, e tendo por base *uma nova divisão de poderes*” (6).

A separação de poderes é uma “ilustração perfeita de um pensamento mecanicista” (7), embora ainda adotada por muitas nações “que não se deram conta de sua superação e de seu alheamento da realidade do século XX” (8). A simples observação de que a forma mais corrente de governo é a parlamentarista “já deveria ter convencido os constitucionalistas de que o Legislativo e o Executivo não estão separados nem quanto às pessoas, nem quanto às funções” (9).

É importante ter presente que o princípio da necessária separação das funções estatais “não é essencial ao exercício do poder político, nem representa verdade evidente e válida para todas as épocas”, e que sua invenção foi determinada pelo tempo e pelas circunstâncias como “um protesto ideológico do liberalismo político contra o absolutismo monolítico da monarquia nos séculos XVII e XVIII” (10).

(5) Supra, nota 3, p. 211. O autor se refere, no caso, a Lloyd Cutler, assessor do Presidente Carter. No mesmo sentido a proposta de Stuart Eizenstat. (PHILLIPS, p. 208). Não é diversa a sugestão de emenda constitucional ou, alternativamente, de reforma não-constitucional da estrutura do ministério feita pelo Senador Daniel P. Moynihan, democrata de New York. (PHILLIPS, p. 211). Curiosamente, estudos soviéticos chegados ao Ocidente revelam a satisfação dos observadores russos com as “tensões que surgem cada vez com maior frequência no mecanismo governamental burguês” (PHILLIPS, p. 213).

(6) BORGES DE MEDEIROS. *O Poder Moderador na República Presidencial*. Porto Alegre, 1933, p. 64.

(7) LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ariel, p. 54.

(8) Id., p. 55.

(9) Id., *ibid.*

(10) Id., p. 56.

Desmontado o Leviatã, submetido o poder estatal às formas modernas de representatividade popular mediante assembleias eletivas, e condicionado o processo político pelas máquinas eleitorais dos partidos políticos e, mais recentemente, pelos meios de comunicação em massa, “a tarefa do governo deixou de estar limitada — se é que algum dia esteve — a executar a vontade popular tal como formulada pelas leis votadas pelas assembleias” (11). A doutrina da separação de poderes, desarte, decisivo embora seu papel histórico, ficou superada pelo tempo.

Mais adequado é falar de uma harmonização de três funções básicas: a decisão política fundamental, a execução dessa decisão e seu controle político.

Ainda que por força de inércia se faça uso das expressões oitocentistas, essencial é a percepção de que a gestão da coisa pública nas democracias de hoje impôs às diferentes manifestações do poder estatal uma acomodação permanente de fins e de meios, mediante um processo de criação de políticas e de normas no qual a decisão política fundamental — a sua concepção, execução e controle — flui do poder estatal mesmo, e não de uma de suas manifestações. Não há que se falar, assim, de independência dos poderes — expressão oitocentista —, mas, ao contrário, de harmonia das manifestações políticas e administrativas do poder estatal.

Essa harmonia dos fins e dos meios, a que são levados os representantes eleitos para as assembleias, os agentes administrativos e a magistratura — enquanto manifestações do poder estatal, é a *nova divisão de funções governamentais*.

O substitutivo Bornhausen inova também quando, rompendo preconceitos intelectuais, concebe forma de governo de preponderância parlamentar, a qual, por fidelidade às categorias científicas, não pode, propriamente, ser classificada de parlamentarista, pois que sem paralelo com as que, na doutrina e na prática, recebem esta denominação. A não-dissolução do Congresso, ou de uma de suas Casas, é o exemplo mais flagrante dessa conformação necessária à cena brasileira.

— III —

O substitutivo faz uso da expressão parlamentarismo à falta de outra que exprima o espírito da nova divisão de funções governamentais, razão por que começa apontando sete traços delineadores da forma de governo que propõe.

(11) Id., p. 61.

1) Os membros do governo devem ser, ao menos, na sua maioria, membros do Congresso Nacional, isto é, da instituição representativa eleita diretamente pelo povo, em cujo nome se exerce o poder. Desse ramo do poder estatal é que surge o Chefe de Governo ou Primeiro-Ministro.

2) O governo é constituído pelos líderes do Partido majoritário ou dos Partidos que, em coalizão, formem a maioria do Congresso.

3) O governo tem uma estrutura hierarquizada, com um primeiro-ministro como chefe e líder, mantendo, dentro do grupo de governo, uma situação de supremacia sobre seus colegas de ministério. O poder governamental está concentrado na pessoa do primeiro-ministro.

4) O governo permanecerá no poder enquanto conte com o apoio da maioria dos membros do Congresso. Perderá a legitimidade para governar sempre que essa maioria lhe negue seu apoio ou quando, em face de eleições, altere-se a composição majoritária no Congresso.

5) Fundamentalmente, a função de determinar a decisão política está distribuída entre o governo e o Congresso, em colaboração estreita e necessária à sua execução plena mediante atos administrativos e atos legislativos, colaboração que deve ser permanente, e na qual se confunda, tanto quanto possível, a própria autoria da iniciativa, de sorte a refletir uma ação coletiva.

6) A pedra de toque desta forma de governo está no controle político, e ela só será verdadeira quando os dois detentores do poder — governo e parlamento — funcionem com possibilidade e faculdade de controle recíproco de utilização permanente e real, de sorte que, de um lado, o Congresso exija responsabilidade política do governo, e, de outro, o governo pressione o Congresso a assumir posições políticas explícitas mediante aprovação de medidas legislativas que concretizem o ideário programático da maioria da sociedade civil nele representada.

7) O parlamentarismo representa a realização maior do ideal de que a democracia é um estado de Partidos. Todo seu processo político tende a consolidar os Partidos Políticos e a lhes acrescer legitimidade mediante a co-participação no ministério votado e aprovado pelo Congresso, seja pela negociação de programa de governo, que antecede à escolha dos membros do Executivo, seja pela fiscalização que o Legislativo impõe à administração. Os Partidos Políticos são, assim, projetados no interior do governo, porque são eles que, por esta forma de governo, formam o Executivo. Há, dessarte, uma transposição direta do programa partidário, consagrado pela maioria do povo nas eleições, para a administração do governo.

Resumidamente, são estes os pontos principais do substitutivo posto ao exame do Congresso Nacional.

a) O Presidente da República

O Presidente da República, como Chefe de Estado, será o símbolo da Nação, da unidade, da integridade e da independência do Brasil. Sua principal função, vital para a estabilidade da vida política, será arbitrar e moderar o funcionamento regular das instituições e garantir a harmonia.

Eleito pelo voto direto e universal da maioria absoluta do povo, sua autoridade derivará diretamente dos detentores últimos do poder, primado que é essencial à democracia. Daí por que lhe competem decisões fundamentais na condução do interesse geral, dentre as quais se destacam:

- escolha do Primeiro-Ministro, em harmonia com o Congresso Nacional;
- o comando supremo das forças armadas, por intermédio do Primeiro-Ministro;
- sancionar ou vetar os projetos de lei, para o que, sempre que julgar conveniente, poderá representar ao Supremo Tribunal Federal, moderando, assim, a disputa política;
- determinar medidas de emergência e decretar o estado de sítio e o estado de emergência, recursos últimos para garantia da ordem e da execução das leis.

b) O Conselho de Ministros

O Conselho de Ministros, direção coletiva emanada da confiança do Chefe de Estado e do Congresso Nacional, conduz a política geral do Governo, exerce a direção suprema da administração federal, e é responsável perante o Congresso Nacional.

Sua presidência é exclusiva de membros do Congresso Nacional — marca essencial do parlamentarismo. O Primeiro-Ministro, indicado pelo Presidente da República, é submetido à confiança do Congresso Nacional. Na eventualidade da recusa de duas mensagens do Presidente da República, a responsabilidade da indicação e da aprovação de confiança

passa ao Senado Federal, órgão representativo da Federação, onde o dissenso deve ser mais fortemente submetido aos interesses de estabilidade da União Federal e de sua estrutura de governo do que aos condicionamentos da disputa partidária, ainda que democrática.

A competência do Primeiro-Ministro é claramente estabelecida nos seus traços mais importantes:

- exercer a orientação, coordenação e supervisão política da administração federal;
- manter relações com Estados estrangeiros e orientar a política externa, celebrando tratados e compromissos internacionais *ad referendum* do Congresso Nacional, o que determina mais estreita colaboração entre os dois poderes;
- baixar decretos-leis, nos limites tornados mais estreitos pelo substitutivo;
- exercer o poder regulamentador mediante decretos e instruções para a execução das leis, competência implementadora dos atos legislativos surgidos da decisão política comum do Governo e do Congresso;
- elaborar o projeto de lei de orçamento.

Equilíbrio delicado é estabelecido no *quorum* de dois terços para aprovação da moção de desconfiança. Firmada a não-dissolubilidade do Congresso Nacional, o que para muitos é incompatível com esta forma de governo, teve de estabelecer a emenda mecanismo igualmente, ou quase igualmente, forte, de estabilidade do Executivo. O controle político recíproco, fundamental a esta forma de governo, que no estrangeiro tem no voto de desconfiança e na dissolubilidade do parlamento seus pólos de equilíbrio, passa, aqui, a se apoiar na possibilidade de se negar confiança a um único membro do Ministério, favorecendo acomodações de interesses partidários e programáticos, e servindo de provocação de reformas parciais de Governo, transformação que, para a vida política brasileira, será significativamente menos traumática e desestabilizadora.

Este controle político recíproco e fundamental completa-se com o processo legislativo, pela manutenção da norma do decurso de prazo, como se comenta mais adiante.

c) O Congresso Nacional

A par dessas — aprovação do Primeiro-Ministro e do Ministério, o voto de desconfiança e a não-dissolubilidade — outra inovação impor-

tante é feita no Congresso Nacional: no tocante às inelegibilidades, a ressalva, em favor do parlamentar membro do Ministério, de não se desincompatibilizar para concorrer a cargo eletivo. A lisura de seu comportamento, enquanto candidato e membro do Executivo, será fiscalizada por seus próprios pares naqueles dois ramos do poder.

Ao Senado Federal devolve-se a competência de aprovar previamente a escolha do Procurador-Geral da República, conforme a Constituição de 1946, e a de aprovar, igualmente, todos os juizes do Tribunal Federal de Recursos, como acontecia antes da reforma de abril de 1977. No mesmo sentido, retorna-se ao sistema da Constituição de 1946 para exigir aprovação prévia do Senado para a nomeação, pelo Primeiro-Ministro, dos Administradores-Gerais do Distrito Federal e dos Territórios.

d) O processo legislativo

Aqui se mantêm o decurso de prazo e os decretos-leis, estes contidos em seu escopo pela exclusão das normas tributárias.

Com a forma de governo estabelecida pelo projeto, pela qual não se dissolve o Congresso Nacional, ou uma de suas Casas, com o que se afasta um dos pólos de equilíbrio político, cumpria fixar um procedimento alternativo que impedisse a uma das manifestações do poder estatal paralisar, ao seu alvitre, a ação das demais. A negociação política se passa, assim, com prazo certo.

A prática institucional é que determinará, pela avaliação da série histórica dos eventos concretos, o curso político de um governo que faça uso constante desse meio procedimental.

Os decretos-leis, limitados à *segurança nacional* — poder de que dispõe o chefe de governo de qualquer país, ao *direito financeiro* —, receita e despesa públicas, seu orçamento e controle, e à *criação de cargos públicos e fixação de vencimentos*, iniciativa exclusiva de que dispõem o Legislativo e o Judiciário, excluídas, como dito, as normas de direito tributário, deixam de ser a fonte de controvérsia que hoje representam, em razão da interpretação lata que se lhes confere.

e) O Supremo Tribunal Federal

1. Todo Estado federal pressupõe uma corte suprema que garanta a harmonia das diferentes órbitas jurídico-normativas; a *nacional*, que tem a ver com os interesses do todo da sociedade civil e do Estado; a *federal*, limitada às necessidades do governo central da União; a *esta-*

dual, circunscrita à administração do ente federado autônomo; e, no caso brasileiro, a *municipal*, no que tenha a ver com a administração própria de seus interesses peculiares. Essa harmonia implica, primeiro, em hierarquia das normas, da nacional até a municipal, e, segundo, assentada nessa harmonia hierarquizada, na convivência cooperativa dos entes federados.

2. A adoção de Constituição escrita implica na existência de uma autoridade que garanta a supremacia do pacto constitucional. Só se pode admitir que aqueles que adotaram uma Constituição escrita como consolidação da organização estatal a tenham concebido para ser observada como a lei suprema do Estado. Assim, também neste caso, pressupõe-se a existência de uma corte maior de justiça como árbitro final e irrecorível do que significa e do que impõe a Constituição.

3. Em ambos os casos, tem-se na *judicial review* — ou revisão dos atos lesivos de interesse individual e dos atos administrativos pelo Poder Judiciário — o mecanismo de controle da prevalência dos princípios fundamentais plasmados na carta constitucional.

4. Consentâneo com esses primados consagrados na história do constitucionalismo moderno de todas as democracias estáveis, e que sempre estiveram presentes em nosso direito constitucional, é que a emenda estende a competência do Supremo Tribunal Federal, reforçando a sua projeção inegável de ente político ativo e, mais, integrando-o, irretorquivelmente, no processo político de moderação e arbitramento dos eventuais conflitos entre o Executivo e o Legislativo, sempre que essas disputas possam ser solucionadas pelo processo de decisão judicial.

Assim, a representação por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual (controle *a posteriori*) deixa de ser exclusivo do Procurador-Geral da República, e passa também a ser do Presidente da República, principalmente quando a Procuradoria-Geral da República, no parlamentarismo, é órgão da Chefia de Governo, e não da Chefia de Estado.

De igual sorte, a representação do Presidente da República para interpretação de projeto de lei submetido a sua sanção (controle *a priori*), mecanismo que estimula a cooperação das manifestações do poder do Estado, a par de reforçar o exercício do poder moderador pelo Chefe de Estado. No mesmo sentido a representação de governador de Estado, de presidente de Tribunal de Justiça e de presidente de Partido Político por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, o que acelera a harmonização e acresce estabilidade à ordem jurídica brasileira, naturalmente tornada mais complexa pelo princípio federalista.

O Supremo Tribunal Federal torna-se, dessarte, parte do poder moderador e arbitrador da dissidência política, em colaboração marcadamente estreita com o Legislativo e com o Executivo.

f) A adoção pelos Estados

Os Estados têm opção plena de adotarem ou não o parlamentarismo, que não se torna, assim, princípio federal extensivo ou necessário, daqueles que obrigam o ente federado. A autonomia constitucional do Estado-Membro, sem a qual não há que se falar em federalismo, deve permitir que cada qual, sopesadas as peculiaridades, decida sobre o melhor modo de organizar sua estrutura de governo.

A disputa sobre ser compatível com a federação a convivência de duas formas de governo dividiu no passado, e continuará a dividir no futuro, os doutrinadores e os teóricos do direito e da ciência política (12). Não se pode pretender solucionar o debate, salvo pelo estabelecimento de norma explícita e de indisputável significado. A opção é de natureza política, e não adota, necessariamente, os argumentos da corrente que sempre a sufragou.

— V —

Pode-se concluir, ainda desta feita com BORGES DE MEDEIROS, que “uma verdadeira Constituição é a que logra plasmar com fidelidade a que se vem elaborando, lenta e confusamente, nos espíritos, sentimentos e crenças do povo. Ela não deve ser a improvisação do idealismo e da razão pura” (13).

O debate no Congresso Nacional, por certo refletido e substantivo, revelará se o projeto, no que traz de mais responsabilidade para os representantes eleitos, no que projeta a vontade e o controle popular na administração pública, no que consolida o Judiciário como árbitro político, no que inova e moderniza a mecânica do exercício do poder em nome do povo, plasma ou não o que claramente anseia a alma nacional: instituições políticas fortes e responsáveis, a um só tempo geradoras e caudatárias de previsibilidade política e estabilidade social.

(12) Estude-se, a propósito, o acórdão do Supremo Tribunal Federal na Representação nº 94, do Rio Grande do Sul, no qual foram declarados inconstitucionais os dispositivos que instituíam o parlamentarismo naquele Estado. (EDGARD COSTA. *Os Grandes Julgamentos do STF*. 2º v., Rio, Civilização Brasileira, 1964, pp. 136-184). O acórdão revela todo o preconceito racionalista e mecanicista da teoria da separação de poderes. Seu argumento central é que a submissão do plano de governo e do secretariado à aprovação prévia da Assembléia e a sua eventual queda pelo voto de desconfiança do Legislativo cerceavam a capacidade de livre escolha do governador e, portanto, feriam o princípio da independência dos poderes.

(13) *Supra*, nota 6, p. 9.