

A consensualidade administrativa e as mudanças na Administração Pública. O surgimento do Estado Contratual decorrente da reforma do Estado

Rodrigo Mendonça Curvina*

1. INTRODUÇÃO

O debate acerca da teoria da separação dos poderes remonta a Grécia e Roma antigas, mas ainda hoje se mostra atual e necessário, tendo em vista sua importância para definir qual a melhor forma de organização política da sociedade, proporcionando o aperfeiçoamento, manutenção e eficácia das instituições políticas.

O estudo sobre a natureza do poder e seus desdobramentos é uma tarefa árdua a que os antigos se dedicaram visando solucionar a concentração de poderes em mãos governistas, estabelecendo-se o controle necessário a garantia das liberdades individuais e da democracia. Tal debate remonta ao início da concentração de poder, ou seja, desde os primórdios da organização política do homem em sociedade. De fato, poucas teorias resistiram no tempo, com tanta força quanto esta, tornando-se fundamento de inúmeras Constituições, tivessem os Estados regime presidencialista ou parlamentarista.

Nesse ínterim, o presente trabalho propõe uma curta análise do modelo tripartido de divisão de poderes enquanto cláusula pétrea consagrada no artigo segundo da Constituição da República, fazendo menção ao contexto histórico em que se desenvolveu a teoria, assim como as atuais funções típicas e atípicas de cada poder, concluindo com uma pequena

crítica de seus desequilíbrios entre a teoria e a prática, afetando o equilíbrio tão defendido por Montesquieu.

2. AS BASES TEORICAS PARA A SEPARAÇÃO DOS PODERES

A concepção moderna da teoria foi construída e sistematizada ao longo da história e reflete as diversas modificações econômicas, políticas e sociais que a humanidade atravessou. Como foi dito, já na antiguidade os filósofos cogitaram da limitação do poder de governo. Platão, no Diálogo das Leis, refere-se a Licurgo por contrapor o poder da Assembléia dos Anciãos ao poder do Rei, doutrinando que “não se deve estabelecer jamais uma autoridade demasiado poderosa e sem freio nem paliativos”. Na obra *A Política*, Aristóteles, o primeiro a se preocupar com o separatismo, traçou o que genericamente, seria uma tripartição de poderes estatais, preocupando-se com a ineficiência e periculosidade social do controle exclusivo do poder.

Contudo, é precisamente no processo de concretização do Estado Moderno que os contornos dessa teoria são definidos, tendo sido apresentadas diversas perspectivas diferentes sobre a temática. Importantes contribuições teóricas desse período são: *Defensor Pacis*, de Marcílio de Pádua; *O Príncipe*, de Maquiavel, e *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, de John Locke, o primeiro autor a apresentar uma teoria tecnicamente exposta para tratar as premissas referentes à organização do poder político segundo o princípio da separação dos poderes.

Não obstante, pode-se atribuir ao francês Montesquieu a responsabilidade e a notoriedade pela ampla divulgação conferida à doutrina da separação dos poderes. Em sua famosa obra, *De L'Esprit des Lois* (1748), analisa as relações que as leis têm com a natureza e os princípios de cada governo, desenvolvendo a teoria que alimenta as idéias do constitucionalismo buscando distribuir a autoridade por meios legais. Afirma existirem em cada Estado três espécies de funções estatais distintas e inconfundíveis (executiva, legislativa e judiciária) e preconizou a existência de poderes harmônicos e independentes entre si, cada qual responsável pelo exercício de uma função, residindo seu argumento

central na liberdade e visando evitar o despotismo, diminuindo a intervenção estatal por meio da desconcentração do poder. Ao traçar os limites do poder, a teoria apresentada por Montesquieu serviu de justificativa, na França, para a convocação dos Estados Gerais.

Tal modelo acaba por ser positivado como uma das pedras angulares do exercício da democracia em importantes diplomas, tais como a Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e posteriormente consagrando Constituições em todo mundo, passando a ser associado à idéia de Estado Democrático, ou seja, a teoria foi alçada à categoria de princípio fundamental da organização política liberal.

Acima de tudo, como técnica para a limitação do poder, a teoria foi posta em prática nas Revoluções Liberais Burguesas dos séculos XVII e XVIII (Revolução Gloriosa - Inglaterra 1688/89, Independência Norte-Americana, e Revolução Francesa) em resposta aos abusos da concentração de poderes típica do Absolutismo da Idade Moderna, lembrando que essa era a marca o início do Estado de Direito.

A expressão “separação dos poderes” surge apenas com a Constituição Francesa (1791) onde em seu artigo 16 afirmava que “não teria Constituição a sociedade que não garantisse a separação dos poderes com vias a proteção dos direitos individuais¹”. Uma crítica feita à terminologia que achamos por bem comentar é a feita por Barruffini no sentido de que teria sido melhor a denominação “tripartição de funções” ao invés de “tripartição de poderes”, explicando que “eles são fruto de um mesmo poder. O poder é um só, quaisquer que sejam as manifestações de vontade emanadas em nome do Estado”². Nesse sentido afirma Pedro Lenza, “isto porque o poder é uno e indivisível. O poder não se triparte. O poder é um só, manifestando-se através de órgãos que exercem funções”³.

3. O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

Historicamente, a teoria de Freios e Contrapesos surgiu de forma esparsa e se aperfeiçoou com o tempo. Quanto ao tema, ensinam JOHN H. GARVEY e T. ALEXANDER

ALEINTKOFF que o “balance” (contrapeso, equilíbrio) surge na Inglaterra, a partir da ação da Câmara dos Lordes (nobreza e clero) equilibrando os projetos de leis oriundos da Câmara dos Comuns (originados do povo), com o objetivo implícito de conter o povo, principalmente contra as ameaças aos privilégios da nobreza. Também decorrem do modelo político inglês, duas importantes ferramentas iniciais do sistema de freios e contrapesos: o veto e o impeachment⁴.

Por sua vez, o “check”, surgiu por ocasião da célebre decisão de JOHN MARSHALL, Chief-Justice da Suprema Corte norte-americana, no caso MARBURY versus MADISON (1803), que inaugurou o poder da judicial review (revisão judicial), segundo o qual compete ao Poder Judiciário dizer o que é lei⁵, considerando lei aquele ato legislativo em conformidade com a Constituição, ato legislativo contrário à Constituição não é lei. Pela doutrina do Judicial Review, o Judiciário passa a controlar o abuso do poder dos outros ramos.

Assim, da conjugação dos fatos oriundos dos sistemas inglês e americano emergiu o que será o principal elemento caracterizador do princípio da separação dos poderes no Direito Contemporâneo, o Sistema de Freios e Contrapesos (Checks and Balances).

Com relação a visão de Montesquieu sobre o assunto, refletindo sobre o poder real, conclui que "só o poder freia o poder", daí a necessidade de cada poder manter-se autônomo e constituído por pessoas e grupos diferentes. Ao defender os poderes como independentes e harmônicos entre si, é imperioso que para que seja preservada uma autonomia eficiente entre esses Poderes, não se deve pensar numa independência absoluta, pois esta viria apenas a servir como elemento desagregador e criador de inoperância. Dessa forma, é necessária a devida autonomia para exercer as funções inerentes a cada repartição do poder, mas desde que de forma conjugada e compatibilizada com os demais no sentido de manter uma interação equilibrada, a fim de que não entrem em choque, constituindo assim o ideário da doutrina dos freios e contrapesos.

4. AS FUNÇÕES TÍPICAS E ATÍPICAS DOS PODERES EXECUTIVO, LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO NO BRASIL

A Constituição Brasileira de 1988 consagrou, em seu artigo 2º, que "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

A divisão do poder é feita através da atribuição de cada uma das funções governamentais de legislar, administrar e julgar a órgãos específicos que levam as denominações de respectivas funções. No entanto, tal separação dos poderes não impede que, além de sua função típica (preponderante), cada um dos Poderes exerça atipicamente (de forma secundária) funções aparentemente atribuídas com exclusividade a outro sem, contudo, violar o princípio da separação dos poderes, consagrado como cláusula pétrea pelo ordenamento jurídico (art. 60, § 4º, III da CF). Teríamos então, casos atípicos como exceção, uma vez que a regra é a da indelegabilidade da tripartição das funções. Tal premissa é decorrente da teoria dos freios e contrapesos, que por sua vez evita a predominância de um Poder sobre os demais, conforme já desenvolvemos acima. Diante desta situação, apresentamos um resumo das funções típicas e atípicas de cada poder Estatal.

O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República e auxiliado pelos Ministros de Estados e sucessivamente os Estados e Municípios pelos Governadores e seus Secretários e os Prefeitos, seus Secretários Municipais e seus respectivos vices. A este poder cabe a função de praticar os atos de Chefia de Estado (representar a nação, concretizando efetivamente os anseios sociais e coletivos), Chefia de Governo e Chefia da Administração Federal. Compete a este sancionar, promulgar e publicar as leis aprovadas pelo Legislativo, além de comandar as suas Forças Armadas no caso do Presidente da República, e as policiais militares e civis e as Guardas Municipais.

Como funções atípicas temos as jurisdicionais, como as originárias de recursos administrativos, com os quais internamente a Administração Pública exerce a função de julgamento dentro de um processo administrativo, lançando o princípio da ampla defesa,

deferindo pedidos, em diversas instâncias e criando diversos órgãos julgadores. Quanto às funções legislativas apresentam-se os incisos III e XXVI do artigo 84 e também no artigo 68, respectivamente autorizadas de iniciativa de processo legislativo, a legislação por medidas provisórias e a atuação por lei delegada.

O Poder Legislativo possui como funções típicas as atribuições legislativas, concretizadas pelo processo legislativo e as funções de fiscalização e controle realizadas através de pedidos de informação endereçadas aos Ministros de Estado ou a seus subordinados; o controle externo exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, que é apreciar e julgar as contas do Presidente da República, as contas dos administradores de bens e valores públicos da Administração indireta e direta; a criação de comissões parlamentares de inquérito com o objetivo de investigar fatos relevantes para a política nacional. Como atividades relacionadas com a fiscalização das atividades do Poder Executivo estão análise da execução do orçamento público, as licitações e os contratos assinados e a contratação de servidores públicos.

Como funções atípicas administrativas, temos a competência de cada uma das Câmaras para dispor sobre sua organização, polícia e provimento de cargos e serviços específicos, ocorrendo também quando o legislativo provê cargos, aloca servidores, concede férias, licenças, promove servidores e outros. Como função atípica jurisdicional, temos os julgamentos que decidem “sobre os crimes de responsabilidade (art. 52, I e II)” e “processar e julgar os Ministros do STF, o Procurador-Geral da República e o Advogado Geral da União (art. 52, II)”, tendo a peculiaridade de que a Câmara dos Deputados tem o juízo de admissibilidade do processo e o Senado Federal como tribunal político, além de funcionar como tribunal de processo e julgamento de crimes de responsabilidade contra Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador Geral da República e Advogado Geral da União.

Quanto ao Poder Judiciário tem por função típica de dirimir, em cada caso concreto, as divergências surgidas por ocasião da aplicação das leis, solucionando os conflitos existentes entre as gentes, os conflitos e divergências existentes entre as leis e suas interpretações, além de fazer cumprir a Lei, por sua vez abstrata, genérica e impessoal.

Nas funções atípicas temos o pleno exercício das funções administrativas internas, disposições organizacionais e, ainda, quanto à função legislativa apresenta-se o artigo 96, I da Constituição Federal, que autoriza a elaboração do seu regimento interno, e no artigo 61 caput, CF, que prevê a possibilidade de iniciativa de lei complementar ou ordinária a qualquer membro da STF e aos Tribunais Superiores. O Judiciário também legisla por meio de jurisprudências que firmam um posicionamento e através das Súmulas do STF e ainda pelas Súmulas Vinculantes do STF recentemente criada conforme a Emenda Constitucional 45/2004.

5. VISÃO CRÍTICA QUANTO À IMPORTÂNCIA PARA A DEMOCRACIA

Atualmente, a base científica da teoria de Montesquieu é alvo de críticas, justamente no que tange à maneira prática como o Governo conduz os assuntos de Estado, referentes aos interesses gerais da Nação. As críticas são feitas no sentido de que o constante exercício de funções inerentes a um Poder por outro, acaba por relativizar a especialização inerente à separação tradicionalmente constituída, o que desequilibra o que inicialmente a teoria previu para ser meio de equilíbrio.

A sociedade exigiu do Estado Contemporâneo, no decorrer da história, que intensificasse sua esfera de ação, seja no âmbito das políticas públicas, seja na necessidade de uma legislação cada vez mais abrangente. Mesmo a separação dos poderes, como teoria e como prática, tendo permanecido nas Constituições de vários Estados como aval da democracia e das liberdades individuais, nem sempre conseguiu impedir que surgisse a concentração de poderes.

O Estado é a maior manifestação de poder que já existiu. Com o avanço da sociedade, o povo passou a só legitimar o Estado se ele também se subordinar às regras impostas a todos. Diferentemente do passado, o Estado moderno buscou obedecer ao seu ordenamento. É preciso que o Estado respeite a personalidade humana, causa e razão do fato jurídico-estatal. A história brasileira (especialmente anos 60, 70 e 80) tem mostrado que não cabe a

conclusão de que basta a inserção do princípio da separação dos poderes para que se caracterize a não concentração dos mesmos em nenhum dos três ramos do governo. Atualmente, no Brasil, é bastante nítida a hipertrofia do executivo. No nosso presidencialismo é comum exemplos de executivos fortes e legislativos fracos, tendo registros de golpes e contra-golpes também na história recente dos demais países da América Latina, sendo constante o assédio do autoritarismo.

A acumulação de funções, fato típico do presidencialismo, onde o presidente acumula a função de Chefe de Estado - representando os valores nacionais -, as funções de governo (de decisão política, definição de políticas públicas) e a função de chefe da administração pública civil e militar. O acúmulo destas funções na figura de uma única pessoa é responsável por grandes distorções do sistema político representativo, fazendo que o jogo político se torne equivocadamente personalista e muitas vezes beneficie apenas uma parcela da população, aumentando o abismo entre o cidadão e o Estado.

Com a evolução do Estado moderno, percebemos que a idéia de tripartição de poderes se tornou insuficiente para dar conta das necessidades de controle democrático do exercício do poder, sendo necessário superar a idéia de três poderes, para chegar a uma organização de órgãos autônomos reunidos em mais funções do que as três originais. Essa idéia vem se firmando com as atividades práticas diárias de órgãos essenciais a democracia como os Tribunais de Contas e principalmente o Ministério Público, os quais se caracterizam pela sua função fiscalizadora.

Hoje, apenas a existência formal dos três poderes não garante mais a separação das funções do Estado, nem muito menos a democracia. Mesmo porque o Estado ganhou outras competências e missões, sendo ineficazes os atuais três poderes para dar sustentáculo à democracia.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. Política. In: Os Pensadores. São Paulo : Nova Cultural, 2000.

ANDERSON, Perry: Linhagens do Estado Absolutista. Tradução de João Roberto Martins Filho et alli. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1985.

ARON, Raymond: As Etapas do Pensamento Sociológico. Tradução de Sérgio Bath. São Paulo: Ed. Martins Fontes; Brasília: Ed. U.N.B., 1982.

BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. Direito constitucional. Vol. 2. Coleção curso e concurso. Edilson Mougenot Bonfim (Coordenação). São Paulo: Saraiva, 2005.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Acesso em: 25 de maio de 2008.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra:Almedina,1999.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. Alex Marins (Tradução). São Paulo: Martin Claret, 2002.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. O Federalista. In: Os Pensadores. São Paulo : Victor Civita Editor, 1979.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. Do Espírito das Leis. São Paulo : Saraiva,

2000.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 7.ed. São Paulo : Atlas, 2000.

PIÇARRA, Nuno. A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra : Coimbra Editora, 1989.

PESSANHA, José Américo Motta e LAMOUNIER, Bolívar: Montesquieu (1689-1755): Vida e Obra. In: Montesquieu: Do Espírito das Leis. 2ª. ed. São Paulo: Ed. Abril, 1979. (Coleção "Os Pensadores").

SILVEIRA, Paulo Fernando. Freios e Contrapesos (Checks and Balances). Belo Horizonte : Del Rey, 1999.

TOUCHARD, Jean (org.): História das Idéias Políticas. 4º. volume. Tradução de Mário Braga. Lisboa: Publicações Europa-América, 1970.

NOTAS DE RODAPÉ

1 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O poder Legislativo e sua missão. Convivium, S. Paulo, v.16 nº2, p.238-257, março/abril.

2 BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. Direito constitucional. Vol. 2. Coleção curso e concurso. Edilson Mougenot Bonfim (Coordenação). São Paulo: Saraiva, 2005, p. 41

3 LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2003, p. 182.

4 O primeiro, inicialmente concebido, no modelo do King in Parliament, enquanto ato do Rei em cooperação e aperfeiçoamento do processo legislativo, passa a exprimir a negative voice, expressando, tão somente, a oposição do Rei que não mais participa do processo legislativo, apenas o controla, podendo impedir que a legislação entre em vigor através do

veto. O impeachment, por sua vez, é mecanismo jurídico que permite o controle do parlamento sobre os atos executivos dos Ministros do Rei.

5 Leonard Baker, John Marshall - A life in law, Easton Press, 1990, v.2, p.407, apud Paulo Fernando Silveira, Freios e contrapesos (checks and balances), p. 91,

* Estudante de Direito, cursando o 6º semestre e atualmente estagiando na Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes

Disponível em:

<http://jusvi.com/artigos/35780>

Acesso em: 01 de setembro de 2008.