

SEPARAÇÃO DOS PODERES

Juliana Callado GONÇALES*

Professor Orientador fdoEvandro GUSSE**

Resumo: A evolução da teoria da separação dos poderes acompanhou a necessidade da sociedade nas diferentes épocas. No Reino Medieval da Idade Média, tínhamos o Senhor Feudal como detentor de todo poder era ele o responsável por administrar e julgar as lides em primeira instância, função legislativa não existia ainda. A concentração do poder na mão de uma única pessoa era necessária para que as decisões fossem tomadas rapidamente durante os períodos de guerra, que eram muito constantes. Certos fatores, como a necessidade da criação de um espaço autônomo frente ao privado, contribuíram para que o monarca centralizasse em si todas as funções políticas. Em 1688 com a Revolução Gloriosa põe-se fim ao absolutismo, e o rei passa a ser submetido ao Parlamento (bipartição dos poderes). Foi Montesquieu que deu origem a tripartição dos poderes, utilizada no Brasil, onde o poder é distribuído entre o Legislativo, Executivo e Judiciário. A tetrapartição nasce com a necessidade de se distinguir a chefia do Estado da chefia do Governo. A pentapartição eleva a Administração Pública como um poder independente com a necessidade de maior imparcialidade. E, finalmente, na Hexapartição há a presença do Tribunal Constitucional como poder político independente, especializado nas questões constitucionais.

Palavras-chaves: separação dos Poderes, concentração do poder, bipartição dos poderes, tripartição dos poderes, tetrapartição dos poderes, pentapartição dos poderes, hexapartição dos poderes e Tribunal Constitucional.

Introdução

A concentração dos poderes na mão de uma única pessoa é inconveniente para a segurança da liberdade do indivíduo, valor básico da democracia. A evolução da teoria da separação dos poderes se deu igualmente com as necessidades da sociedade.

* Aluna das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, pesquisadora bolsista do projeto de iniciação científica das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo.

** Professor do curso de Direito das Faculdades Antônio Eufrásio de Toledo, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo e coordenador do grupo de pesquisa Filosofia e Direito do Estado nas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo.

Das seis possibilidades de divisão das tarefas do poder estatal, atualmente em prática tripartição dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), adotada por diversos países como o Brasil, onde é consagrada pela Constituição Federal, a pentapartição (Inglaterra) e a hexapartição, presente em grande parte da Europa continental.

È a presença do Tribunal Constitucional que tem, apesar de recente, demonstrado resultados muito positivos, já que esse órgão é elevado como um poder independente responsável pela guarda da Constituição. A existência desse Tribunal torna efetiva a desconcentração dos poderes, tão importante para a democracia, e facilita a efetivação dos direitos fundamentais.

O Poder durante a Idade Média.

A Idade Média se estendeu do século V ao século XV no mundo Ocidental. Seu início se deu com a queda do Império Romano do Ocidente em 476, e seu fim, pela tomada de Constantinopla pelos turcos, em 1453. O Feudalismo começou no século V, na Europa Ocidental, com a crise do Império Romano. Mas, foi no século IX que o Sistema Feudal se consolidou. As principais características desse sistema eram: fragmentação territorial e social do poder político entre os feudos, produção auto-suficiente e a imobilidade social.

A sociedade feudal era baseada em pactos, as relações tinham naturezas contratuais privadas, assim, o feudo era uma unidade política sustentada por pactos de direito privado. O Reino Feudal não possuía uma esfera pública, o que, hoje, conhecemos como público estava baseado em relações de cunho privado.^{1[1]} Nessa sociedade, cuidando-se dos interesses privados cuidava-se também, ao mesmo tempo, quase sem sentir, do interesse público^{2[2]}.

Havia quatro tipos de pactos: os pactos de primeiro grau, que eram entre os servos e os senhores feudais, onde os servos trabalhavam em troca de proteção. O pacto de segundo grau envolvia o senhor e os suseranos também baseados em direitos e deveres. O pacto de terceiro grau era firmado entre os suseranos e o Rei, onde o Rei confirmava a posição dos suseranos na sociedade em troca do reconhecimento da *auctoritas* real.

Por fim, havia um quarto pacto, pacto de quarto grau, que era estabelecido entre o Rei e os servos. Esse pacto visava buscar imparcialidade na justiça para os servos e o Rei via nesse pacto um meio para expandir sua autoridade.

No Reino Medieval era o senhor feudal que dirigia seu feudo, tendo amplo poder sobre ele. Não há de se falar em uma administração unificada, ou seja, concebida planejada e executada a partir de um centro político.^{3[3]} Era o senhor apenas, enquanto pessoa física privada que por meios também privados que exercia a função administrativa do Feudo.

^{1[1]} Souza Júnior, Cezar Saldanha; O Tribunal Constitucional como poder, 2002, p27.

^{2[2]} Souza Júnior, Cezar Saldanha; O Tribunal Constitucional como poder, 2002, p 27

^{3[3]} Souza Júnior, Cezar Saldanha, O tribunal Constitucional como poder, 2002, p22.

A justiça de primeiro grau, também era de competência do senhor, o que gerava grande parcialidade a favor desses, sem contar que não eram pessoas com saber jurídico que decidiam as lides. Vendo isso, o Rei criou as Cortes Reais. Esses eram tribunais de segunda instância, que buscavam a imparcialidade nas decisões e a especialização dos julgadores. Há um estudo do direito. Com isso o Rei aumentava sua autoridade sobre o senhor.

Não havia órgão, ou pessoa, que desempenhasse a função legislativa. O Direito era fruto das relações sociais. O Direito formava-se pela via de práticas, costumes e pactos, que refletiam as diferenças e hierarquias sociais existentes.^{4[4]} Após essa análise percebe-se que não há como se falar em uma divisão de poder na Idade Média, uma vez que se entende por divisão do poder a distribuição do exercício do poder político institucionalizado, numa esfera autônoma do público, frente à esfera do privado.^{5[5]}

Fim da Idade Média: Concentração de Poderes.

O Rei Medieval Feudal era uma figura inerte, pois não administrava, não legislava e nem julgava em primeiro grau (função exercida apenas nas Cortes Reais, que era uma instância de segundo grau). O rei apenas comandava as atividades de guerra e dirigia as atividades “fiscais”. Porém, não é correto afirmar que sua ausência em nada implicaria, muito pelo contrário, sem a figura real a sociedade se reduziria na violência e no colapso, pois mesmo desprovido de poder, sua autoridade indispensável para a busca do bem comum, evitando, então, o colapso total.

Diversos fatores sociais, como as grandes descobertas, o encurtamento das distâncias, a expansão suprafeudal da economia e do mercado, fortalecimento da monarquia, entre outros, contribuíram para a queda do sistema feudal, dando, assim, primazia a concentração do poder. Acontece nesse período o *processo de nacionalização*, marcado pelo distanciamento entre os governantes e os governados e pelo fortalecimento da idéia que as decisões políticas deveriam ser centralizadas e imparciais.

Esse processo trouxe consigo a necessidade da criação de um espaço autônomo, que prevalecesse frente aos interesses privado, para a tomada das decisões políticas. A partir daí, ao rei foram dadas todas as funções políticas (concentração do poder), e em torno dele forjou-se um espaço público e o Estado-Nação.

No Ocidente, a construção, pela vez primeira, de uma esfera pública autônoma diante do privado foi a grande e definitiva contribuição do denominado Estado Nacional Moderno ou Estado-Nação.^{6[6]} Nesse Estado-Nação, o Rei passa a organizar funcionários

^{4[4]} Souza Júnior, Cezar Saldanha, O tribunal Constitucional como poder, 2002, p24.

^{5[5]} Souza Júnior, Cezar Saldanha; O tribunal Constitucional como poder, 2002, p28.

^{6[6]} Souza Júnior, Cezar Saldanha; O tribunal Constitucional como poder, 2002, p31.

especializados para desempenhar funções administrativas que antes eram exercidas por meios privados, pelos senhores feudais.

O poder político separou-se da vida social, como era no feudalismo, criando uma esfera pública autônoma da esfera privada e com poder de última instância. O Rei chamou para si todas as funções políticas, cabia a ele julgar, administrar de forma centralizada e legislar, recaindo esse poder sobre todas as pessoas, bens e fatos que se encontravam em seu território de jurisdição.

O Estado-Nação contribuiu para a unificação dos habitantes frente ao poder, ou seja, a população passou a ser vista como uma nação no sentido político, com valor moral, homogênea e abstrata, já que o Estado encontra-se fora da vida social. Esse tipo de unidade política, o Estado-Nação, inovou de tal maneira que com ele surgiu uma nova Idade da História, chamada de Moderna Tendo em vistas essas características, Cezar Saldanha Souza Júnior denomina o Estado Nação como *Estado Burocrático Concentrado Territorial Nacional Moderno-EBCTNM*.^{7[7]}

O Estado Nacional Moderno foi caracterizado por um poder político absoluto, no sentido de um poder separado, diferente do feudalismo, onde o poder político misturava-se com a vida social. Seria um poder *concentrado* por envolver a somatória numa mesma instituição pública e autônoma, dos poderes políticos em sua essência una e soberana; a cumulação de todas as funções de exercício da soberania, na figura real (que podia ser dividida em órgãos), e a centralização da função política e administrativa.^{8[8]}

Esse poder absoluto era limitado (ao contrário do que muitos pregam) pelos costumes, tradições, privilégios corporativos e territoriais, pela Igreja, pela Inquisição, ainda do período feudal, pelas Leis Fundamentais do Reino e pelo fato da figura do rei, enquanto pessoa física ser vista com distinta da instituição da Coroa, pois o rei era tido administrador e não proprietário da Coroa.^{9[9]}

O Poder Político da Coroa é soberano, uno, absoluto, indivisível, representante da esfera pública, e que concentrava cinco funções^{10[10]}: a função de autoridade de última instância, a função administrativa, ou seja, de atuar na manutenção da ordem e da segurança pública, de cuidar do cumprimento das leis, e prover serviços públicos, a função de direção “governamental”, que, atualmente, relativa à segurança interna e externa, a função judiciária e a função deliberativa, que consiste na tomada de decisões sobre assuntos de interesses coletivos através de normas positivadas para o conhecimento de toda a sociedade por publicação oficial. Em suma, todas as funções políticas estavam concentradas na Coroa.

A Bipartição dos Poderes.

^{7[7]} Souza Júnior, Cezar Saldanha, O tribunal constitucional como poder, 2002, p31.

^{8[8]} Souza Júnior, Cezar Saldanha, O tribunal constitucional como poder, 2002, p 33.

^{9[9]} Souza Júnior, Cezar Saldanha, O tribunal constitucional como poder, 2002, p35.

^{10[10]} Souza Júnior, Cezar Saldanha, O tribunal constitucional como poder, 2002, p 39.

A proposta da separação dos poderes, ou melhor, a distribuição do exercício das funções políticas entre órgãos distintos e autônomos, já que o poder é uno e indivisível do Estado, ganhou força no século XVII, com o objetivo de proteger a liberdade individual e enfraquecer o poder absoluto da Coroa. Porém a bipartição dos poderes ainda não é suficiente para a garantia da supremacia do Direito.

Em 1688, acontece a Revolução Gloriosa na Inglaterra, pondo fim no absolutismo através da transição política de uma Monarquia Absolutista para uma Monarquia Parlamentar. A partir de então, o rei estaria submetido ao Parlamento. O Parlamento tornou-se responsável pela função legislativa.

Com o fim da dinastia dos Tudores na Coroa Inglesa, onde se atingiu o ápice da concentração do poder soberano da Coroa, assumiram William (Guilherme) de Orange e Maria Stuart, que assinaram o *Bill of Rights*. Esse seria uma declaração de direitos, tida como antecedente da Constituição. Essa declaração trouxe direitos exclusivos do Parlamento, como estabelecer impostos, e a necessidade de aprovação do Parlamento nas questões militares.

Temos, então, nessa fase a divisão das funções políticas entre o Parlamento e o Rei. Onde o primeiro é competente para Legislar, entre outras atribuições, e o último é detentor das demais funções políticas. O principal doutrinador da bipartição dos Poderes foi John Locke, em sua renomada obra *O Segundo Tratado do Governo Civil*. Locke defende a existência do Legislativo, e do Executivo.

O Poder Legislativo, cuja função é elaborar as leis que regerão a sociedade, seria o poder supremo. Porém, não poderia desprezar os direitos naturais do homem; nenhum outro poder poderia elaborar leis e nem o Legislativo poderia executar as leis, pois caso pudesse só iria elaborar regras de seu interesse e, conseqüentemente, distintas do interesse da sociedade. A função de zelar pelo cumprimento das leis cabe, então ao Poder Executivo, que era limitado pelo Legislativo, e, conseqüentemente, pelos direitos naturais do homem.

Locke ainda atribuiu ao Poder Executivo a função federativa, que estava relacionada com as relações internacionais, como guerra e a paz, ligas, (alianças e atribuições). Não foi possível constatar a independência do poder de julgar, essa função estava contida no Poder Executivo.

A tripartição dos Poderes.

A tripartição dos Poderes foi fundamentada por Montesquieu em sua obra "*O Espírito das Leis*", publicada em 1748. Montesquieu distribuiu as funções estatais identificadas por Aristóteles (elaborar leis, aplicá-las e julgá-las) em três órgãos distintos, autônomos e independentes. Cada Poder teria suas funções típicas e atípicas para impedir o arbítrio de um dos Poderes. Sistema, este, chamado de *freios e contrapesos*.

Até o início do século XVIII tínhamos na Inglaterra a bipartição dos poderes, onde a função judicial estava atribuída ao Poder do Rei. Foi com o Ato do Estabelecimento de 12 de junho de 1701 que separou o poder de julgar do Executivo, passando a ser visto como um Poder independente, e logo dando vida a tripartição dos Poderes.

A difusão da tripartição dos Poderes se deu pelo fato das comunidades inglesas, ao se tornarem independentes e criarem sua Constituição, buscarem inspirações no Texto Maior norte-americano, que influenciado pelas idéias de Montesquieu, adotará a Tripartição dos Poderes, fato que sem dúvida influenciou grande parte das Constituições escritas a partir da Revolução Francesa.

Na tripartição verificamos a presença do Poder Executivo, Legislativo e Judiciários tidos como independentes e autônomos e. Temos nessa fase a supremacia do Direito sobre o público, gerando o Estado de Direito. Cezar Saldanha classifica essa tripartição de poderes em *executivismo clássico*^{11[11]}.

Porém, essa separação dos Poderes tem um grande inconveniente, que é a cumulação da chefia do governo e do Estado e Administração ao titular do Executivo, fato ainda mais agravado com a Revolução Industrial, pois é impossível exercer com dignidade essas funções cumulativamente, ficando uma sempre marginalizada, já que uma exige extrema parcialidade- chefia de Estado- e outra está diretamente associada a uma política ideológica-Chefia de Governo.

No Brasil, foi a Constituição Republicana de 1891 a primeira a prever a existência de três poderes “harmônicos e independentes entre si”, seguindo o princípio defendido pelo barão Montesquieu. As demais Constituições que surgiram também mantiveram a tripartição dos poderes. Apenas a Constituição de 1937 seguiu um modelo autoritário, devido ao momento histórico vivido. Este documento centralizador concentrou grande parte do poder nas mãos do Presidente, não havendo a efetiva tripartição dos poderes.

No Brasil, vigora, em âmbito federal, o bicameralismo federativo, composto por duas casas: a Câmara dos Deputados, composta por representantes do povo, e o Senado Federal, representando os Estados- Membros e o Distrito Federal. Já o Poder Legislativo em âmbito estadual é unicameral.

O Poder executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado, em âmbito federal. Em âmbito estadual, o Poder Executivo é exercido pelo Governador auxiliado pelos Secretários de Estado, e no âmbito municipal será chefe do Executivo o prefeito.

O Judiciário brasileiro é, constitucionalmente, formado pelos seguintes órgãos: Supremo Tribunal Federal, O Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Juizes Federais, Tribunais de Juizes do Trabalho, Tribunais e Juizes Eleitorais, Tribunais e Juizes Militares e Tribunais e Juizes dos Estados e Distrito Federal e Territórios.

^{11[11]} Souza Júnior, César Saldanha, O tribunal constitucional como poder, 2002, p62.

Adotar a tripartição dos poderes no Brasil não trouxe os mesmos resultados alcançados nos Estados Unidos, onde muitos já defendem que nem lá esta organização está trazendo resultados satisfatórios. Essa forma de separação das instituições políticas só conseguiu dar mais certo nos Estados Unidos devido a forte economia desse país que acaba minimizando os impactos de uma má governança e de uma má organização das instituições na vida concreta. Sem contar que a governabilidade norte-americana está estritamente ligada com a iniciativa privada, minimizando a necessidade de intervenção estatal (*self government*).

Tetrapartição dos Poderes.

Com a Revolução Industrial no século XVIII na Inglaterra, mecanizou-se o sistema de produção que substituiu a mão de obra humana por máquinas, gerando uma grande massa de desempregados e conseqüentemente, reações dos trabalhadores que lutavam contra as péssimas condições e grandes jornadas de trabalho.

Esse contexto social crítico deu ensejo à grande problemática da Tripartição dos Poderes, que era a cumulação da chefia de Estado com a chefia de Governo, pois, para governar em um contexto como este é necessário não ser imparcial, essa função “governamental” moderna está diretamente ligada a decisões impopulares devido à divergência de interesses que há em uma sociedade, fato que já não se convém ao bom chefe de Estado.

Diante disso, para a preservação da chefia de Estado na figura do Rei, na Inglaterra criou-se o Gabinete ou o Conselho dos Ministros, que ficou responsável pela função governamental, enquanto o Rei fazia a administração pública. Tendo, então a Tetrapartição dos Poderes-Poder Legislativo, Poder Judiciário, Poder Governamental e o Poder Real, vindo como uma adaptação necessária para adequar a organização das instituições políticas com a realidade.

Porém essa divisão do poder em quatro não foi colocada em prática logo em seguida da criação do Gabinete. Por muito tempo este órgão continuou subordinado ao Rei, prova disso é o que aconteceu com o ministério de William Pitt, cujo Rei derrubou seu gabinete pelo fato daquele pretender devolver aos católicos uma parte dos direitos que lhes eram sonogados, o que desagradou o Rei. Vemos, então, que era o soberano que mandava nas decisões dos seus Conselheiros.

Essa independência foi realmente acontecer em 1832 com a primeira reforma eleitoral-*Reform Act*-, onde o povo passou a poder assumir o controle da política pela escolha do Primeiro Ministro, escolha que antes era do Rei, a partir de então o Gabinete passa a ser mais independente, prova disso foi que em 1841 em um conflito entre o Primeiro Ministro Robert Peel e a rainha Vitória, o ministro apoiado da maioria Parlamentar fez prevalecer a sua decisão.

O idealizador dessa teoria foi o suíço-francês Benjamin Constant, ele propôs um novo poder, o *pouvoir ministériel* (poder ministerial) que estaria separado do *pouvoir Royal* (poder Real). Esse poder ministerial, enquanto função política era o responsável pela função governamental, visando o bem comum da sociedade, era esse órgão que decidia as questões que envolvessem conflitos de interesses, exigindo responsabilidade de quem opera e para isso tinha que ser visto como um Poder independente.

O Poder Real seria responsável pela chefia do Estado e pela chefia da Administração Pública, já que estas funções exigem neutralidade e imparcialidade, fato, como visto bem diferente do poder ministerial. Assim, para Benjamin Constant os poderes políticos chegariam a quatro- o poder real (imparcial), o poder ministerial (governamental), o poder representativo (Senado e Câmara Baixa) e o poder judiciário.

No Brasil tivemos a tetrapartição dos Poderes na Constituição de 1824, devido à presença, além das três funções estatais, do Poder Moderador. Porém este era confinado ao Imperador que acabava sendo detentor de grande parte do poder.

Em 1867, Walter Bagehot descreveu o *cabinet system*, que vigora na Inglaterra até hoje, baseado nas idéias de Benjamin Constant, diferenciando a organização das instituições políticas inglesas das norte-americanas, e analisando atualmente vemos a diferença que esse quarto poder fez na política, vida social, economia, índices de escolaridade, entre outros dos países que adotam essa organização política dos países que adotam a tripartição.

Pentapartição de poderes.

No século XX, temos a primeira guerra mundial (1914 a 1918) que tinha como base o Estado Liberal, onde vigoravam os ideais liberais clássicos como a liberdade, a supremacia do direito, a isonomia e a segurança jurídica. Com o fim dessa primeira grande guerra, há uma conscientização para a formação de um novo Estado, que deveria preservar os ideais clássicos liberais, promover a justiça social promovendo a igualdade na sociedade e ser democrático, pluralista e universal. Seria esse o Estado Social.

Foi na Alemanha, na constituição de Weimar de 1919, que se consagrou esse Estado Social. Nesse contexto, incorporam-se na Constituição, além dos direitos civis, os direitos sociais das pessoas, sobre a proteção do Estado, dando as bases do garantismo social. O Estado Social da Alemanha, porém enfrentava o problema da pluralidade de ideologias antagônicas contidas no seu interior (comunistas, socialistas, conservadores, sociais-cristãos, liberais e reacionárias.).

Viu-se necessário a distinção entre o chefe do Estado e do Governo, feito agora em um país Republicano, sendo o chefe do Estado eleito diretamente pelo povo. O chefe de Estado deveria ser neutro, imparcial por ser responsável, no meio de tanta diversidade ideológica, de arbitrar uma convivência democrática e pacífica.

A Administração Pública também deveria, pelos mesmos motivos, ser neutra e separada da chefia do Estado e do Governo. Deveria ser independente, um novo poder político. E assim foi feito, criando o quinto poder político, o Poder Administrativo para que houvesse uma melhor e mais justa governabilidade, justiça social, democracia, dentro de um país com grande pluralidade ideológica.

No Estado Social a função administrativa era exercida por um conjunto de órgãos, sob o comando nominal do chefe de Estado, porém totalmente independente deste. A Pentapartição dos poderes foi defendida por diferentes estudiosos. Joseph A. Schumpeter, em sua obra *Capitalism, Socialism and Democracy*, publicada em 1942, afirmou que a burocracia deveria ser tida como um poder autônomo.

Para o espanhol José Zafra Valverde, em sua obra *Poder y poderes*, afirmou que a tripartição dos poderes deveria ser substituída pela pentapartição, tendo os seguintes poderes: Poder de Autoridade, Poder de Direção, Poder Deliberante, Poder Judicial e Poder de Execução.

O Poder de Autoridade seria o órgão da chefia do Estado, normalmente um presidente ou Rei, com a função de primeira magistratura. O Poder Deliberativo é o Parlamento, que decidia sobre as questões que envolvessem interesse coletivo. O Poder Judicial seriam os Tribunais e Juizes que decidiriam como última instância às lides sociais. O Poder de Direção seria o que atualmente chamamos de Governo, que dirigia a política geral do país. Por fim, o Poder de Execução seria o conjunto de órgãos civis e militares com diversas funções, como: a aplicação concreta da ordem jurídica.

José Zafra Valverde foi o primeiro a afirmar claramente a doutrina da pentapartição de poderes, e foi essa teoria que permitiu um aprimoramento das garantias à supremacia do direito, tanto na contribuição para a formação de um direito constitucional não apenas político e tendo a constituição como ápice do ordenamento jurídico, como pela melhor separação entre a Administração, Governo e chefia de Estado, que permitiu melhor controle jurídico dos atos administrativos.

O grande problema do Estado social da Pentapartição dos poderes é que por ser vazio de qualquer conteúdo material valorativo, para poder ser aceito por todas as posições ideológicas, abriu espaço para que ideologias inimigas da democracia constitucional e pluralista usassem o instrumento juspolítico do Estado social com o objetivo de derrubá-la, visando à implantação de um regime totalitário, já que as tentativas frustradas das revoluções socialistas e as sucessivas quedas de gabinete de orientações socialistas democráticas criaram condições favoráveis ao surgimento e expansão do nazismo na Alemanha.

Com o fim do totalitarismo reconstruiu-se uma ordem política democrática, nascendo um constitucionalismo com valores mínimos aceitos por todas as ideologias, considerando a dignidade da pessoa humana, tão esquecida durante o totalitarismo. Esses valores passam a ser defendidos por um órgão especial, o Tribunal Constitucional, dando origem a Hexapartição dos poderes.

Hexapartição dos Poderes.

contêm em si conteúdo ideológico da maioria parlamentar e do governo atuante. A Constituição teve três fases de evolução histórica. Na primeira fase, durante a Idade Média, a constituição era formada por pactos, costumes e modos de solução de conflitos sociais entre os detentores do poder e os seus subordinados. Nessa fase o direito constitucional não é um direito próprio distinto do direito comum.

Na segunda fase, com as revoluções liberais do século XVIII, o direito passa a regular e limitar o Estado e a política, nessa fase a Constituição é um direito político, que dependia da vontade dos governantes para ter aplicabilidade, e não plenamente jurídico, por não ter eficácia jurídica e não ser considerada a lei suprema de todo ordenamento jurídico.

Já no século XX com base nas idéias de Kelsen,, surge a terceira fase dessa evolução, onde a constituição passa a ser tida como ápice do ordenamento jurídico, e toda a legislação infraconstitucional devem estar de acordo com ela sob pena de serem consideradas sem validade. O direito constitucional agora, sem renunciar a sua substância política passou a ter supremacia sobre todo o ordenamento.

Foi criado o Tribunal Constitucional para dar força normativa necessária ao direito constitucional. Foi na constituição alemã de 1920 que esta teoria foi projetada por Kelsen, porém sem sucesso veio vigorar apenas em 1945.

Na Hexapartição, o poder estaria dividido entre: O Parlamento, Governo, Judiciário, Administração, Tribunal Constitucional e a Chefia do Estado. O Tribunal Constitucional e o chefe do Estado lidam com os fins últimos do Estado, que seriam os valores do Estado, como a ordem o progresso e a justiça, definidos exclusivamente em nível constitucional. O Poder Judiciário e a Administração são responsáveis por atuar nos impasses cotidianos, resolvidos pela administração pública, por meio dos serviços públicos e de certa forma pelo judiciário que era o responsável por solucionar as lides sociais.

Ao Parlamento e ao Governo cabe a atividade legislativa, responsável por concretizar os valores do Estado. Seria uma função intermediária entre a função do Tribunal Constitucional e do Chefe do Estado com a função do Judiciário e da Administração. Essa esfera de atuação governamental carrega um caráter político-partidário-ideológico, que não pode contagiar os outros poderes, pois O Tribunal e a Chefia do Estado devem ser neutros, e o Judiciário e a Administração devem ser imparciais, já que as leis políticas públicas

O Tribunal Constitucional.

O Tribunal Constitucional surgiu no século XX como órgão independente necessário para que se concretizassem os objetivos do novo Estado Social, que teria a Constituição como ápice do ordenamento jurídico, necessário para a supremacia do direito, controle de constitucionalidade, e para o próprio direito constitucional.

Esse Tribunal como poder político surgiu na Europa Ocidental e tem demonstrado, ao longo de sua atuação, verdadeira vocação democrática, assegurando as normas constitucionais e diminuindo a concentração de poderes, o que gera maior garantia dos direitos fundamentais.

O Tribunal Constitucional é uma instituição especializada para realizar o controle de constitucionalidade, seria o guardião da constituição. É um poder político independente, o que o distingue dos tribunais supremos do Poder Judiciário, e nenhum dos demais poderes pode ser responsável pela função do Tribunal Constitucional.

Isso porque se cumulado a Chefia do Estado, como afirmou Kelsen, em sua obra *Quem deve ser o defensor da Constituição*, em contradição a obra de Schmitt, *A defesa da Constituição*, (que entendia que a função de defensor da Constituição deveria caber ao Chefe do Estado), a democracia seria abalada, pois, ter o Chefe do Estado não seria neutro ao guardar a Constituição, pois prevaleceria a função governamental.

Se cumulado a função Governamental haveria um super poder partidário-ideológico, incompatível com a jurisdição. Ao parlamento, inviabilizaria o controle de constitucionalidade das leis e a Administração essa cumulação será totalmente impossível.

Atribuir ao judiciário a função do Tribunal Constitucional ao Poder Judicial implicaria na quebra do limite dos poderes fundamental ao Estado de Direito, pois este poder estaria assumindo funções de todos os poderes, já que cumularia funções de nível constitucional e infraconstitucional, que pertencem ao Parlamento e ao Governo.

No Brasil, dentre outros Estados, que optaram por manter a arcaica estrutura estatal da tripartição dos poderes, o controle de constitucionalidade é desempenhado pelo próprio poder judiciário, que tem demonstrado na prática não ser capaz de cumprir com zelo tal atribuição.

Não há como negar que o sistema judiciário brasileiro passa por uma crise atualmente, e não é de hoje que a doutrina defende que o sistema adotado não seria capaz de atender as necessidades da sociedade, e é a estrutura judiciária o principal motivo dessa crise.

O Supremo Tribunal Federal, no ano de 1992, julgou 19.250 processos, tendo 8.637 ficados pendentes de julgamento. Fazendo-se o calculo aritmético, chega-se ao assombroso resultado de que, naquele ano, cada um dos onze ministros julgou quase 1.800 processos, ou seja, cada Ministro prolatou cinco decisões por dia, incluindo-se o tempo de férias, feriados e finais de semana,^{12[12]} como consequência do modelo jurisdicional adotado.

Tendo que 90% das demandas julgadas pelo STF refere-se a matérias idênticas, deixando de lado questões fundamentais, como muitas ações diretas de inconstitucionalidade, causando insegurança jurídica para toda a sociedade.

^{12[12]} JAYME, Fernando G; Tribunal Constitucional: exigência democrática, p27, editora Del Rey, 2002.

Se presente um Tribunal Constitucional esse problema diminuiria, pois seus julgados possuem efeito *erga omnes*, ainda que a decisão tenha sido proferida em relação a um caso concreto. A tentativa de se criar à súmula vinculante para a solução desse problema é inadequada, pois ela não se ajusta a realidade jurídico-brasileira por se tratar de instituto de *common law* e não iria atenuar o número de processos que chegam aos tribunais.

A adoção do controle misto de constitucionalidade das leis, onde coexistem o controle concentrado e o difuso, traz resultados insatisfatórios e deixa cada vez mais claro que o modelo norte-americano é incompatível com o sistema jurídico brasileiro, pois há a possibilidade de decisões contraditórias, o que levaria à injustiça. Uma lei julgada inconstitucional por alguns juízes, poderia ser aplicada por outros que não a julgassem contrária a Constituição. Além disso, um órgão judiciário poderia julgar inconstitucional determinada norma em um julgado e posteriormente, julgar a mesma norma constitucional, gerando uma verdadeira injustiça e insegurança jurídica.

O controle difuso só produz efeito *inter partes*, havendo grande proliferação de demandas individuais com objetos idênticos, decididos isoladamente, o que acumula o judiciário. Esta repetição também ocorre no Supremo Tribunal Federal que aliada a problemas estruturais faz aumentar os prazos de duração dos processos, gerando morosidade e insegurança jurídica.

O Estado Democrático de Direito, idealizado pelo constituinte de 1988, somente se concretizará quando houver um instrumental à disposição do cidadão para, atempadamente, coibir os abusos a seus direitos e garantir a constitucionalidade.^{13[13]}

Segundo Barocho (*Processo constitucional no Brasil p440-441*) apud Fernando G. Jayme (*Tribunal Constitucional: exigências democráticas p121*) a distinção entre a Suprema Corte e o Tribunal Constitucional seria, “A Corte Constitucional é uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situado fora do aparelho jurisdicional ordinário e independente, como ocorre com os outros modelos, dos demais poderes públicos. É uma jurisdição especializada, com a competência exclusiva e situada fora do aparelho judiciário comum. Entretanto que a Corte Constitucional é uma jurisdição ‘especializada’, a Corte Suprema é uma jurisdição ‘generalizada’. A Corte suprema conhece todos os contenciosos (civil, administrativo, penal, comercial ou constitucional), enquanto que a Corte Constitucional é exclusivamente competente para apreciar matéria constitucional. A Corte Constitucional é jurisdição ‘especializada’, de competência exclusiva. Ela monopoliza o julgamento do contencioso constitucional. Não faz, normalmente, parte da jurisdição ordinária.”

Conclusão.

^{13[13]} JAYME, Fernando G. *Tribunal Constitucional, exigência democrática*, p 122, editora Del Rey, 2002.

A existência do Tribunal Constitucional ,como um poder independente, é uma grande exigência para a efetivação da democracia. Sua competência deve ser de julgar as constitucionalidades das leis e dos atos do poder público, os conflitos constitucionais entre [Federação e Estados membros ou destes entre si e a competência penal constitucional, nos termos do atual art 102, I, *b e c*, da Constituição Federal.

A criação desse poder traz maiores possibilidades para que a sociedade seja baseada na justiça, democracia, igualitária e com respeito à dignidade da pessoa humana. O modelo americano de controle de constitucionalidade, adotado pelo Brasil atualmente, não se adequou ao Brasil já que adotamos o sistema romano-germânica, incompatível com o *commom law*.

Em matéria de justiça constitucional, os países da América Latina não fizeram a mesma escolha dos países europeus, preferiram coexistir o controle concentrado e o difuso. Mesmo ao apresentarem Corte Constitucional, como no Chile, ela está diretamente ligada a Corte Suprema, sendo uma parte de seus membros os mesmos.

A crise que se encontra no judiciário brasileiro está diretamente ligada à falta de um poder especializado em analisar as questões constitucionais, a imposição da súmula vinculante como tentativa de amenizar o problema é ineficaz, esse sistema fere o princípio de um Estado de Direito.

Referências Bibliográficas

SOUZA Júnior, César Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder**. 2002.

JAYME, Fernando G. **Tribunal Constitucional: exigência democrática**. Editora Del Rey , 2002

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Editora Landy.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17º edição, editora Malheiros