

Entre freios e contrapesos: o poder político que sustenta o controle judicial de constitucionalidade

Between checks and balances: the political power that sustain the judicial review

Fabrizio Castagna Lunardi*

Resumo

O presente artigo tem como objetivo problematizar os discursos jurídicos convencionais acerca do controle judicial de constitucionalidade, e sobre o seu expansionismo no Brasil, perquirindo o que realmente sustenta esse arranjo institucional. A partir disso, pretende-se investigar a atuação do STF como ator político na Assembleia Nacional Constituinte, bem como o poder político e os interesses que dão suporte ao aumento do poder da Corte Constitucional brasileira e ao forte sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil. Para tanto, a pesquisa se desenvolve com base na opção de uma linha crítico-metodológica, que pretende colocar em xeque os discursos jurídicos sobre o tema, a fim de deslocar o foco para o que realmente sustenta politicamente o *judicial review* no Brasil. Ao final, conclui-se que o discurso de que o poder do STF em controle de constitucionalidade deriva da Constituição permanece apenas como fundamento místico da sua autoridade, e que investigar o poder político e os interesses que realmente sustentam esse modelo institucional é o primeiro passo para uma discussão mais transparente sobre o modo como vem sendo exercido o controle judicial de constitucionalidade pela Corte Constitucional brasileira.

Palavras-chave: Controle judicial de constitucionalidade. Cortes constitucionais. Assembleia Nacional Constituinte. Poder político. Sustentação política.

Abstract

The present article aims to problematize the conventional legal discourses about judicial review and its expansionism in Brazil, inquiring what actually supports this institutional arrangement. From this, we intend to investigate the STF's performance as a political actor in the National Constituent Assembly, as well as the political power and interests that support the increase of the power of the Brazilian Constitutional Court and the strong system of constitutionality control adopted in Brazil. To do so, the research develops based on the option of a critical-methodological line, which seeks to check the legal discourses on the subject, in order to shift the focus to what actually supports the judicial review in Brazil. In the end, it is concluded that the discourse that the power of the STF in control of constitutionality derives from the Constitution remains only as a mystical foundation of its authority, as well as that investigating the political power and interests that really support this institutional model is the first step towards a more transparent discussion about the way in which judicial control of constitutionality has been exercised by the Brazilian Supreme Court.

Keywords: Judicial review. Supreme courts. Constituent National Assembly. Political power. Political support.

1 Introdução

Os debates sobre o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade têm merecido amplo destaque nos últimos anos, sobretudo em razão de um verdadeiro fascínio que desperta em grande parte dos constitucionalistas brasileiros por tudo aquilo que a Corte Constitucional poderia fazer em nome da interpretação constitucional. Como ponto de partida, os seus defensores adotam uma visão, talvez por demais romantizada, de que um controle abstrato de constitucionalidade forte pelo Supremo Tribunal Federal

* Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professor universitário. Juiz de Direito do TJDF. Brasília-DF-Brasil. E-mail: fabriciolunardi@yahoo.com.br.

seria o ápice do constitucionalismo brasileiro e da evolução na proteção dos direitos fundamentais. Além disso, por diversas vezes tem ecoado na doutrina constitucional, sobretudo entre autores mais dogmáticos, afirmações de que a jurisdição constitucional é quem dá sentido à Constituição e, inclusive, de que “a Constituição é aquilo que o Supremo Tribunal Federal diz que é”.¹ A crença nesses mitos tem levado diversos autores brasileiros² a preconizarem, inclusive, a necessidade de uma nova divisão de Poderes, com um acréscimo de funções normativas à Corte Constitucional. De outro lado, sob uma perspectiva crítica, alguns constitucionalistas questionam esse expansionismo da jurisdição constitucional, sobretudo do ponto de vista da sua legitimidade, do seu déficit democrático e da sobrevalorização da racionalidade jurídica.

Contudo, essas teses favoráveis e contrárias a um sistema forte de controle de constitucionalidade, que se desenvolvem no plano do discurso jurídico ou do constitucionalismo, deixam de lado aspectos empíricos e institucionais, bem como não consideram o poder político que efetivamente dá suporte a esse modelo institucional.

Assim, o presente trabalho pretende ser um convite à reflexão sobre o controle abstrato de constitucionalidade, mas não sob as lentes do constitucionalismo ou do discurso jurídico, mas a partir dos interesses que estão por trás desse modelo institucional e do poder político que o sustenta. Nesse contexto, tem o objetivo de revolver as próprias bases do controle judicial de constitucionalidade, a fim de romper com alguns lugares comuns sobre os quais tem se desenvolvido a maioria dos estudos de direito constitucional no Brasil acerca da temática. Desse modo, o presente artigo pretende superar esse fundamento místico do controle abstrato de constitucionalidade, para investigar o que está por trás e efetivamente sustenta politicamente o *judicial review* no Brasil.

Para atingir o seu escopo, a pesquisa se desenvolve com base na opção de uma linha crítico-metodológica, com base em pesquisas empíricas que desmistificam o discurso jurídico convencional, bem como em investigações de cientistas políticos, sobretudo norte-americanos e canadenses, a fim de mostrar o que efetivamente sustenta o controle judicial de constitucionalidade, especialmente no caso brasileiro.

Assim, o presente artigo foi dividido em três partes. Na primeira, busca-se apresentar os discursos de constitucionalistas brasileiros sobre o controle de constitucionalidade realizado pelo STF, bem como os discursos que lhe são contrários, para mostrar que ambos não consideram o que efetivamente dá suporte para esse modelo institucional. A seguir, mostra-se como o STF atuou como arena decisória e como um importante ator político na Assembleia Nacional Constituinte, tendo um papel relevante na conformação da sua formatação institucional e do desenho institucional do controle de constitucionalidade no texto da Constituição Federal de 1988. Além disso, investiga-se em que medida o modelo institucional adotado pode ser favorável às elites políticas no Brasil. Na terceira parte, é feita a problematização da questão à luz da ciência política, de modo a desmistificar a ideia de que um controle de constitucionalidade forte é inerente à Constituição brasileira, para mostrar como esse modelo favorece a agenda política do governo e a permeabilidade da Corte Constitucional brasileira ao poder da classe política.

2 Os discursos jurídicos favoráveis e contrários ao expansionismo do controle de constitucionalidade no Brasil: qual é o problema?

Entre aplausos, críticas e objeções, o controle judicial de constitucionalidade tem se expandido no contexto constitucional brasileiro. Enquanto alguns constitucionalistas compreendem essa expansão da jurisdição constitucional e do papel da Corte Constitucional como um avanço em termos de proteção de direitos constitucionais,³ outros veem nela um verdadeiro retrocesso em termos democráticos e de efetividade.⁴

¹ Frase utilizada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa durante o julgamento da ação penal n.º 470 (caso conhecido como processo do “mensalão”).

² Dentre eles, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 1083).

³ Nesse sentido, por exemplo, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2009).

⁴ Nesse sentido, por exemplo, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2009).

Os constitucionalistas que preconizam a importância do aumento do poder do STF em relação ao controle de constitucionalidade comumente buscam apoio nas teorias contemporâneas do direito, que focam nos casos difíceis, como se fosse algo inerente ao caráter indeterminado do direito e à maior abertura do sistema jurídico,⁵ ou afirmam que seria algo inerente ao “desenho institucional vigente”, tal como adotado na Constituição Federal de 1988.⁶ Contudo, tais discursos muitas vezes se apropriam dessas teorias e de elementos históricos de forma superficial, bem como desconsideram o jogo político que dá suporte ao controle de constitucionalidade no Brasil.

Do mesmo modo, tem-se visto na doutrina constitucional a afirmação de que é a jurisdição constitucional que dá o sentido da Constituição, e, inclusive, como constou na fala do Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa durante o julgamento da ação penal n.º 470 (caso conhecido como processo do “mensalão”): “A Constituição é aquilo que o Supremo Tribunal Federal diz que é”. Tal afirmação não é nova, pois inclusive é a frase que marca a biografia do ex-juiz da Suprema Corte dos EUA Charles Evans Hughes (1908, p. 139): “Nós estamos sob uma Constituição, mas a Constituição é o que os juizes dizem que ela é”.

Nesse mesmo sentido, alguns constitucionalistas brasileiros, com um perfil mais dogmático, têm afirmado que “não se pode mais viver sem a jurisdição constitucional” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 155), como se fosse a solução para todos os problemas constitucionais.

Também é comum, entre constitucionalistas brasileiros, a afirmação de que o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade tem servido para a proteção dos direitos fundamentais, inclusive sendo um mecanismo para salvaguardar os direitos das minorias contra a “tirania da maioria”, uma contingência da democracia.

Entretanto, nada indica que esses discursos dogmáticos e epidícticos em torno do controle de constitucionalidade encontrem consonância na vivência constitucional. Uma pesquisa empírica realizada sobre a jurisdição constitucional do STF demonstrou que, entre os anos de 2000 e 2008, apenas 11% das decisões de procedência em sede de ações diretas de inconstitucionalidade mencionaram a proteção de direitos fundamentais. Além disso, dentre elas (11%), 60% eram, na verdade, decisões em prol de interesses corporativos (COSTA et al., 2010). Isto comprova empiricamente que os direitos fundamentais não têm sido o principal foco do STF no controle abstrato de constitucionalidade, e que podem estar sendo usados desvirtuadamente como fundamento para defesa de outros interesses. Portanto, a justificativa de proteção de direitos fundamentais não é empiricamente válida para sustentar o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

Em razão de algumas teses sobejamente ativistas e expansionistas da função judicial, que vem paulatinamente crescendo, tem-se falado muitas vezes – talvez, exageradamente – numa “ditadura do Poder Judiciário”. Oscar Vilhena (2008, p. 59) critica essa expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal em relação aos demais Poderes da República, chamando esse fenômeno de “supremocracia”. Para o autor, a Corte Constitucional brasileira estaria exercendo uma espécie de poder moderador, uma vez que teria o poder de dar a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, por vezes substituindo as escolhas majoritárias. Segundo Vilhena (2008, p. 60), o problema não estaria nas atribuições conferidas ao STF, mas na escala e na natureza das suas intervenções em temas cujas soluções não seriam, ou não deveriam ser, de natureza puramente jurídica ou constitucional.

Embora esses discursos jurídicos a favor ou contra a jurisdição constitucional e o *judicial review* não possam ser desconsiderados no âmbito do debate em torno da questão, implicam uma perspectiva muito estreita do problema, ao reduzir demasiadamente a complexidade, na medida em que excluem

⁵ Nesse sentido, por exemplo, Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 45).

⁶ Segundo Luís Roberto Barroso (2009, p. 9-11): “Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juizes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial”. E continua o mesmo autor: “A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.

variáveis que são fundamentais. Como aponta Alexandre Araújo Costa (2013, p. 43), “admitir claramente o caráter político da atuação judicial é o primeiro passo para que ela possa se tornar politicamente útil e democraticamente legítima”.

Desse modo, a tensão entre o Poder Judiciário e os demais poderes não pode ser mais problematizada apenas sob a perspectiva clássica de *checks and balances*, tampouco será possível uma análise percuciente da questão somente a partir do constitucionalismo, como comumente tem sido feito no Brasil. Em contraponto, é preciso desfazer alguns dogmas, sobre os quais se erguem as teses de constitucionalistas brasileiros, a partir da análise da atuação do STF como ator político na Assembleia Nacional Constituinte para a manutenção da sua conformação institucional e o fortalecimento do *judicial review*. Após, investigar o que efetivamente sustenta politicamente as Cortes Constitucionais dentro do sistema político e institucional, especialmente no caso brasileiro.

3 A Assembleia Nacional Constituinte e o Supremo Tribunal Federal como ator político: reflexões acerca da influência política no fortalecimento do *judicial review* no Brasil

Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que não se pretende, neste item, questionar os dispositivos constitucionais em razão da forma política como eles foram discutidos e aprovados, tampouco os interesses que estão por trás da sua aprovação. O que se objetiva é desmistificar algumas afirmações que têm se disseminado no ambiente jurídico brasileiro. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet Branco (2009, p. 155) afirmam que, “ao instituir o Supremo Tribunal Federal, a nossa Constituição se entregou, por inteiro, à guarda dessa Corte”, porque ela sabia que “a sua integridade dependeria, exclusivamente, da dignidade de seus juízes, que de armas eles não dispõem”. Essa afirmação não seria, em tese, tão preocupante, não fosse o fato de que reflete a ideia de respeitadores autores e é compartilhada por diversos constitucionalistas brasileiros, o que tem servido para legitimar um avanço do controle judicial de constitucionalidade sobre searas que antes pertenciam quase que exclusivamente aos demais Poderes Constituídos.

Para confirmar ou desmistificar um argumento desses, é preciso analisar os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, instância representativa do poder constituinte originário, à luz da forma como se deram as estratégias políticas que levaram à conformação do controle de constitucionalidade no texto final da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, alguns relatos históricos mostram que a jurisdição constitucional e os poderes do Supremo Tribunal Federal foram colocados na Constituição Federal sob muita barganha política e jogo de interesses. Durante a Assembleia Nacional Constituinte, o Supremo Tribunal Federal também participou – e obviamente continua participando – do jogo político com os demais Poderes Constituídos, sobretudo para consolidação e concentração de poder.

A esse respeito, os cientistas políticos Andrei Koerner e Lígia Barros de Freitas (2013, p. 162-163), com base em pesquisa de fontes primárias, relatam que “os ministros do STF foram importantes atores na Constituinte, construindo alianças com os parlamentares de centro e centro-direita, para que apoiassem a preservação do tribunal”. A atuação do STF no processo constituinte ocorreu, basicamente, de três formas: como arena decisória, como recurso estratégico e como instância legitimadora da nova Constituição (KOERNER; FREITAS, 2013, p. 142).

Durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte (ANC), o STF teve intensa participação como ator político, sendo frequentemente mobilizado pelos conservadores como recurso estratégico – para que fizessem prevalecer seus interesses – nos principais conflitos que surgiam sobre os poderes da Constituinte e os poderes constituídos, sobre as regras internas da ANC e sobre a duração do mandato do Presidente Sarney. Os ministros do STF tiveram grande participação como opinantes constitucionais sobre diversos temas da Constituinte, bem como atuaram intensamente como representantes institucionais do Poder Judiciário na criação e na manutenção de prerrogativas institucionais. Além disso, a sua atuação política foi determinante para a disciplina constitucional da composição da Corte, da quantidade e da forma

de nomeação dos seus ministros, da sua competência e do modelo do controle de constitucionalidade (KOERNER; FREITAS, 2013, p. 179).

Em troca do apoio dos membros da Constituinte na preservação do STF, os ministros dessa Corte proferiam decisões conservadoras e de restrição à ANC, o que ia ao encontro da agenda que os políticos de centro e centro-direita defendiam. Como relatam Andrei Koerner e Lígia Freitas (2013, p. 181), durante o processo constituinte “[...] o STF está pareado às Forças Armadas, ministros e militares se completam como os braços legal e armado da manutenção da ordem e sustentação do presidente, para bloquear avanços na elaboração da nova Constituição e projetar para o futuro a situação existente”.

Assim, esses políticos de centro e centro-direita faziam o uso estratégico do STF para bloquear decisões que consideravam indesejáveis por parte da ANC.

Ao fim, o STF, em geral, logrou êxito na sua participação como ator político. Com efeito, permaneceu como órgão de cúpula e representante máximo do Poder Judiciário. Além disso, manteve a forma de ingresso de seus ministros, nomeados pelo Presidente da República após aprovação do Senado Federal, sem reserva de vagas para juízes de carreira. Também conseguiu manter os modelos de controle concentrado e de controle difuso de constitucionalidade, mas com ampliação dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade – o STF defendia que essa legitimidade deveria continuar restrita ao Procurador-Geral da República (KOERNER; FREITAS, 2013, p. 179).

Isto demonstra que, do ponto de vista pragmático, a escolha do STF como órgão estatal que deve dar a última palavra em matéria constitucional não foi produto de um amplo debate popular, em que os membros da sociedade resolveram delegar para esse órgão as decisões sobre questões constitucionais, porque “a sua integridade dependeria, exclusivamente, da dignidade de seus juízes”, como afirmam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 155). Pelo contrário, a conformação institucional do STF no texto da Constituição de 1988 foi resultado de disputas de poder na arena política, na qual os ministros do STF também participaram intensamente, como atores políticos com interesses talvez não tão democráticos, mas, sobretudo, para autopreservação e para manutenção dos seus poderes (competências) na ordem constitucional.

Mostrando-se a realidade, não se pretende afirmar que as normas constitucionais que instituíram o modelo de controle judicial de constitucionalidade devam ser desrespeitadas ou normativamente questionadas, mas apenas que esses dispositivos foram fruto do mesmo processo constituinte das demais normas constitucionais originárias. Além disso, o mesmo jogo político que fez parte desse momento constitucional também é o que move rotineiramente o processo legislativo. Nesse ínterim, a cúpula do Poder Judiciário não fica à sua margem, pois, pelo contrário, é um importante ator político. Aliás, essas movimentações políticas que legitimam o próprio processo legislativo são as mesmas que legitimam a opção política pelo controle de constitucionalidade. Portanto, as normas constitucionais que amparam a adoção do controle de constitucionalidade no Brasil não estão acima das demais normas constitucionais e não existe nenhuma vontade popular que se incline a dar mais poderes e legitimidade ao Judiciário do que ao Legislativo e ao Executivo.

De outro lado, isso não quer dizer que todo o Judiciário brasileiro participe do jogo político ou a ele seja suscetível, e isso é considerado no desenho institucional do controle de constitucionalidade no Brasil. Enquanto, nos EUA, os juízes de primeira instância – inclusive – são nomeados por um processo político ou eleitoral,⁷ no Brasil, ingressam no cargo mediante aprovação em concurso público. Assim, no Brasil, como os juízes de primeira instância não passaram por um processo político de indicação e escolha, possuem uma maior independência – poder-se-ia dizer que quase completa – em relação à classe política. Isto

⁷ Nos EUA, os juízes federais de primeira instância são indicados pelo presidente da República e confirmados pelo Senado. De outro lado, o processo de escolha dos juízes estaduais varia em cada estado-membro dos EUA. A depender do estado, os juízes estaduais são indicados pelo governador ou pelo Poder Legislativo estadual, ou, ainda, são eleitos pela população. Aliás, em 33 dos 50 estados norte-americanos, os juízes são eleitos (FREITAS, 2018).

talvez justifique por que, no Brasil, as decisões de primeira instância são menos políticas, ou, ao menos, têm menor possibilidade de serem influenciadas pela classe política. Nos tribunais de segunda instância brasileiros, no entanto, 1/5 dos membros são nomeados de forma política, enquanto os demais membros são oriundos da própria magistratura de primeira instância. Nesses tribunais, portanto, a influência política pode ser um pouco maior, mas ainda limitada a um pequeno grupo de magistrados.

Talvez isso também justifique por que, no Brasil, é outorgado ao Supremo Tribunal Federal um amplo espectro de competências constitucionais, o que não ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos. Neste país, para a classe política, não há a necessidade de que a sua Suprema Corte tenha tantas competências jurisdicionais, haja vista que os próprios juízes federais de primeira instância são nomeados politicamente. Por outro lado, no Brasil, reduzir as competências do Supremo Tribunal Federal implicaria deixar as decisões nas mãos das instâncias judiciais inferiores, compostas por magistrados não escolhidos de forma política, ou seja, em que a classe política teria pouca ou nenhuma influência.

No Supremo Tribunal Federal, atualmente, tramitam mais de 46 mil processos.⁸ Do ponto de vista da administração judiciária, haveria uma conclusão lógica de que as competências constitucionais da Suprema Corte brasileira devem ser reduzidas. Daí surge a pergunta: Por que reduzi-las? Uma possível resposta dos constitucionalistas seria a de que as demais instâncias judiciais ainda continuam violando muito os direitos fundamentais e outras normas constitucionais, e é preciso garantir a autoridade da Constituição. Contudo, essa perspectiva é muito simplificadora, na medida em que não levaria em consideração variáveis importantes. Do ponto de vista da ciência política, uma possível resposta seria a de que, com esse amplo espectro de competências, o STF acumula poder, e, além disso, é provável que a classe política tenha interesse que a Corte Constitucional possa decidir todas as causas “constitucionais” em última instância, pois nela terá – ou, ao menos, suporá que possui – poder de exercer influência política.

Talvez essa tese seja corroborada pelo fato de que, durante os trabalhos da Constituinte, foi rejeitada a proposição que pretendia que o Supremo Tribunal Federal fosse composto somente por magistrados de carreira. Do ponto de vista jurídico-constitucional, poder-se-ia pensar que essa proposta garantiria maior independência dos membros do STF, e inclusive garantiria que os seus membros já tivessem experiência como julgadores, o que, em tese, proporcionaria melhores decisões. De outro lado, um argumento de juristas favoráveis à nomeação desvinculada da carreira da magistratura era o de que há a necessidade de “oxigenação” da Corte, ou seja, de que outros profissionais do direito também tragam as suas visões e experiências. Mas essas perspectivas deixam de lado questões essenciais: Isto interessa aos políticos que compõem a Assembleia Nacional Constituinte? Por que a classe política teria interesse em criar uma Corte Constitucional independente da política?

Além disso, é preciso lembrar que, durante os trabalhos da ANC, o STF foi contrário a ampliar o seu próprio poder no controle abstrato de constitucionalidade, pois não pretendia a ampliação do rol de legitimados para propor a ADI, mas essa medida foi tomada pelos parlamentares que compunham a ANC. Sob uma perspectiva jurídico-constitucional, comumente se associa essa medida a uma ideia de democratização do acesso ao STF. Contudo, é preciso, ao menos, perquirir se essa medida, ampliando a atuação do STF em ADI, não seria no sentido de permitir maior influência política, na medida em que o STF pode, inclusive, controlar as instâncias inferiores do Poder Judiciário.

Esta última análise é apenas uma suposição. Entretanto, ela ganha mais força quando se recorda das discussões em torno da Emenda Constitucional 3/1993, que criou a ação declaratória de constitucionalidade. Toda a lei é presumidamente constitucional e, por isso, deve ser normalmente aplicada; então, por que criar uma ação do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade para declarar a constitucionalidade da lei? Nesse tocante, a resposta que denota o cunho político da medida foi dada pelos próprios juristas e constitucionalistas: a ação declaratória de constitucionalidade é uma medida de interesse do governo que objetiva que o STF possa impedir que as instâncias judiciais inferiores, nos casos concretos, reconheçam

⁸ Segundo estatísticas do próprio STF, em 12/1/2018, havia um acervo de 46.138 processos tramitando nessa Corte Constitucional (BRASIL, 2015).

incidentalmente a inconstitucionalidade de determinada norma. Assim, o STF consegue impor a sua interpretação e controlar as demais instâncias judiciais. A esse respeito, analisando a questão a partir da política, talvez se possa complementar: desse modo, a classe política, que tem maior influência no STF, consegue impedir que todas as demais instâncias judiciais declarem inconstitucional uma norma cuja aplicação interessa ao governo.

Portanto, o discurso jurídico de que é o texto constitucional que confere ao STF o poder de exercer um controle forte de constitucionalidade no Brasil permanece apenas como fundamento místico da sua autoridade (DERRIDA, 2010, p. 21). Com efeito, é preciso colocar em xeque esse discurso linear, a fim de se investigar o que efetivamente sustenta esse modelo institucional.

4 Desconstruindo o fundamento místico da autoridade das Cortes Constitucionais: explicações político-institucionais e interesses por trás do controle judicial de constitucionalidade no Brasil

Os constitucionalistas que criticam um modelo forte de *judicial review* e o ativismo judicial de Cortes Constitucionais comumente afirmam que estas estariam usurpando insidiosamente a competência legislativa do Parlamento, ou decidindo questões de políticas públicas inerentes ao governo. De um lado, a história constitucional tem demonstrado que os Poderes Executivo e Legislativo são suficientemente fortes para decidir politicamente os rumos da nação e, inclusive, para legitimamente limitar os poderes do Judiciário quando este os exorbita, dentro do funcionamento normal de um ordenamento constitucional que adota o sistema de freios e contrapesos. Então, quais razões levariam os Poderes Executivo e Legislativo a tolerar – e, inclusive, em alguns casos, a fomentar – o ativismo judicial e um modelo de controle de constitucionalidade forte das Cortes Constitucionais?

Dentro de uma lógica linear, poder-se-ia dizer que há uma disputa constante de poder entre os membros dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Entretanto, talvez um controle forte de constitucionalidade e um ativismo judicial da Corte Constitucional sejam convenientes aos interesses do chefe do Poder Executivo, dos parlamentares aliados ao governo e dos partidos políticos com maior representatividade no Parlamento.

Uma abordagem puramente jurídica da questão institucional que envolve o controle de constitucionalidade seria incompleta, pois deixaria de lado aquilo que origina e sustenta o *judicial review* dentro da ordem constitucional e do sistema judicial, que é o sistema político. Como adiante se demonstrará, o próprio governo e as coalizões políticas majoritárias se servem do controle de constitucionalidade para resolver conflitos políticos.

A partir dessas indagações e suposições, faz-se necessária a abordagem da temática a partir das contribuições de cientistas políticos que têm se debruçado sobre a análise institucional desse fenômeno, perspectivas que não são muito comuns dentre juristas e constitucionalistas brasileiros, mas são centrais para um estudo percuciente da questão. Dentre eles, autores como Keith Whittington, Ran Hirschl, Louis Fisher e Tom Ginsburg, por diferentes caminhos e perspectivas, afirmam que o *judicial review* é tolerado e muitas vezes incentivado por autoridades políticas eleitas.

Segundo eles, o controle judicial de constitucionalidade seria um dos muitos instrumentos dos quais os políticos se utilizam para fazer prevalecer os seus propósitos, sob o disfarce de interpretação constitucional. Portanto, tais autores trabalham fora da lógica linear de que a Cortes Constitucionais tiveram ascensão nas últimas décadas em razão da capacidade dos seus juizes, de que foram criadas e se mantêm em razão da necessidade de assegurar os direitos protegidos nas Constituições escritas, ou de que o chefe do Executivo e os parlamentares seriam contrários ao *judicial review*. Pelo contrário, mostram que o componente político é determinante para o fenômeno do aumento do poder das Cortes Constitucionais e para a ampliação, em âmbito mundial, do controle judicial de constitucionalidade.

Keith Whittington (2005, p. 583), analisando o exercício do *judicial review* pela Suprema Corte dos EUA, afirma que, quando os agentes políticos eleitos são impedidos de implementar plenamente a sua

própria agenda política, eles podem favorecer um exercício ativo da jurisdição constitucional pela Corte Constitucional, a fim de superar esses obstáculos e romper com o *status quo*. Além disso, segundo Whittington (2005, p. 583), autoridades eleitas do governo atual que têm medo de perder o poder podem tentar reforçar a autoridade judicial e colocar os seus aliados nos tribunais, na esperança de que a revisão judicial seja usada contra autoridades do futuro governo (nos EUA, da mesma forma que no Brasil, a indicação dos juízes da Suprema Corte é feita pelo Presidente da República).

Seguindo essa mesma lógica, Tom Ginsburg (2008, p. 83-84) afirma que, para as autoridades políticas eleitas que temem estar fora do poder no futuro, o controle de constitucionalidade por um tribunal independente seria um fórum alternativo de assegurá-los na política, o que mitigaria o risco de perda eleitoral. Em estudo de direito comparado sobre o *judicial review*, Ginsburg (2008, p. 91) relata que, na última sessão parlamentar da autoridade palestina antes da tomada do poder pelo Hamas, foi aprovada a lei que criou um tribunal constitucional com poderes para derrubar a legislação, um caso notável de preservação hegemônica – embora a resposta imediata do novo parlamento empossado tenha sido substituir essa lei. Para corroborar essa mesma tese, Ran Hirschl (2000, p. 106) apresenta o caso de Israel, onde foi estabelecido, com a Revolução Constitucionalista de 1992, o *judicial review*, com o objetivo de apoiar políticos que representavam a burguesia secular de Israel, cuja hegemonia política se tornava cada vez mais ameaçada. Assim, os representantes políticos desse grupo encontraram na delegação de formulação de políticas ao tribunal uma maneira eficiente de superar crescentes reações populares contra a sua hegemonia ideológica e evitar consequências negativas do seu contínuo declínio no controle da arena de tomada de decisões majoritárias. Hirschl (2000, p. 138-139) também afirma, em estudo comparado, que, no Canadá, na Nova Zelândia e na África do Sul a constitucionalização pode ser mais bem entendida como uma estratégia para elites políticas ameaçadas se manterem no poder, através do isolamento da formulação de políticas contra a ameaça democrática de pressões populares.

Embora algum exagero possa ser cometido quando se ressalta apenas um aspecto da questão para subsidiar uma tese, já que esse fenômeno é comumente influenciado por diversas variáveis dentro da situação específica de cada país, os casos acima citados reforçam a ideia de que as elites políticas dominantes, diante da incerteza política, se utilizam do fortalecimento da Corte Constitucional para se manterem no poder.

Considerando o contexto estadunidense, Whittington (2005, p. 583) afirma que juízes devem ter boas razões para levantar objeções contra as ações do governo, bem como as autoridades eleitas devem ter bons motivos para se absterem de sancionar juízes por levantar tais objeções, isto é, haveria um suporte político para o *judicial review*.

Assim, a forma de nomeação dos membros da Corte Constitucional torna possível que o governo alinhe o perfil da Corte de acordo com as suas preferências políticas.⁹ Nesse sentido, Ran Hirschl (2000, p. 116-120) aponta que haveria dois fatores que podem facilitar o consciente empoderamento da Corte Constitucional pelas elites políticas, quais sejam: um nível suficiente de certeza que a Corte é suscetível de produzir decisões que, em geral, servirão melhor aos seus interesses e às suas preferências ideológicas; e a confiança pública generalizada acerca da imparcialidade política do poder judicial, pois a diferença entre direito e política legítima, fundamentalmente, o sistema da separação de poderes.

Desse modo, o poder de controle de constitucionalidade dos tribunais pode ser um instrumento valioso para os propósitos de uma coalizão política que compõe a base governista, a fim de superar as barreiras que impedem que seus objetivos políticos sejam atingidos. Para Whittington (2005, p. 584), haveria dois requisitos ou premissas para que essa afirmação seja razoável, quais sejam: a constatação de que os tribunais costumam ser ideologicamente favoráveis ao governo, e a ideia de que a revisão judicial é realmente útil para as atuais majorias políticas.

⁹ Para Whittington (2005, p. 583), “most routinely, the political appointments process creates regular opportunities for elected officials to bring the Court into line with political preferences”.

Para amparar a sua primeira premissa, Whittington (2005, p. 584) afirma que é improvável que as maiorias políticas apoiem os tribunais ideologicamente divergentes delas e incapazes de trabalhar em conjunto com elas para atingir objetivos políticos comuns. No entanto, isso não quer dizer que os presidentes e os partidos políticos nunca serão surpreendidos por decisões judiciais contrárias aos seus interesses, proferidas por juízes por eles nomeados, mas apenas que o Tribunal frequentemente compartilha das sensibilidades constitucionais e ideológicas dos líderes políticos. A esse respeito, Ran Hirschl (2008, p. 109) mostra que, de acordo com estudos comparativos acerca dos procedimentos de nomeação dos juízes das Cortes Constitucionais de diversos países, essa nomeação sempre tem uma importante dimensão política, não importando a forma como esse processo de nomeação é construído. Por conseguinte, as características demográficas e as propensões culturais e ideológicas dos juízes das Cortes Constitucionais tendem a ser parecidos com o resto da elite política nesses países.

De acordo com a segunda premissa de Whittington, a revisão judicial é realmente útil para as atuais maiorias políticas, como já se expôs. A utilidade para os legisladores de outros poderes judiciais, como o poder de interpretar as leis e fazê-las cumprir, é bastante evidente. Entretanto, é menos evidente a utilidade, para os legisladores atuais, do poder judicial de controle de constitucionalidade, haja vista que esse instrumento tem por escopo retirar do ordenamento jurídico leis aprovadas pelo parlamento. De qualquer forma, fica mais fácil de notá-la quando se observa que o controle de constitucionalidade pode ser utilizado para anular leis passadas, aprovadas por coalizões políticas anteriores, de modo que o Tribunal pode, mediante esse mecanismo, modificar a base legislativa. Assim, quando as coalizões políticas atuais são incapazes para modificar a base legislativa, os tribunais poderiam utilmente fazer esse trabalho para elas (WHITTINGTON, 2005, p. 584). Por exemplo, num sistema federativo, quando há coalizões políticas heterogêneas, líderes políticos podem ser incapazes de mobilizar parlamentares aliados em torno de determinada política, que, no entanto, é vista com simpatia por “juízes aliados” (WHITTINGTON, 2005, p. 585).

Whittington (2005, p. 585) também ressalta que um “amistoso” controle de constitucionalidade não significa necessariamente que o Tribunal simplesmente atenderá as vontades dos líderes políticos. Com efeito, os políticos não sabem com certeza o que os juízes farão quando questionada a constitucionalidade de determinada legislação. Embora os líderes políticos possam esperar que o Tribunal agirá de determinada maneira em dado caso, ele poderá muito bem “decepcioná-los”.

Em outras ocasiões, para Whittington (2005, p. 585), os juízes podem muito bem decidir com base nos seus próprios entendimentos acerca do direito constitucional, mesmo quando tais entendimentos não são compartilhados pelos líderes políticos, ou quando os seus efeitos não são para eles desejáveis. Nesses casos, em que o resultado do controle judicial de constitucionalidade se torna indesejável para o Presidente, ou para líderes políticos, a lógica será bem diferente da exposta até aqui. Se a obstrução da Corte Constitucional aos interesses das coalizões políticas for relativamente pequena, o capital político acumulado da Corte pode encorajar apenas que os líderes políticos cedam à posição judicial, ou busquem contornar a decisão do Tribunal. Todavia, nos casos em que a obstrução é mais grave, tal como nas situações em que a Corte obstaculiza as principais políticas do governo, a reação política pode ser mais grave e a força do Tribunal pode ser testada. Assim, nem todos os casos de controle de constitucionalidade se traduzem no atendimento dos interesses dos líderes políticos, mas a possibilidade de controle de constitucionalidade favorável aos seus interesses os leva a tolerar os casos em que as decisões judiciais lhes são indesejáveis politicamente e a incentivá-los quando a Corte se comporta de maneira politicamente útil aos seus interesses.

Desse modo, Whittington (2005, p. 585-586) considera que existem três barreiras comuns à bem-sucedida ação da agenda política das coligações na política norte-americana, em que o *judicial review* se torna extremamente útil, quais sejam: a) o federalismo; b) os interesses entrenchados (*entrenched interests*); e c) a heterogeneidade da coalizão política. Nessa linha, mostra como cada um desses obstáculos à agenda política pode ser superado pelo *judicial review* – o que justificaria o suporte político ao controle de constitucionalidade – e como o ativismo judicial da Corte Constitucional pode ser útil à política em determinados casos.

Whittington (2005) ressalta que, nos Estados Unidos, o contexto federativo talvez tenha sido o mais importante fator para gerar apoio das autoridades nacionais ao *judicial review*. Com efeito, o apoio das autoridades nacionais à revisão judicial adveio da imposição, pela Corte Constitucional, da sua agenda constitucional compartilhada com a política nacional nos Estados recalcitrantes, isto é, contra atores que impedem objetivos políticos nacionais. Historicamente, os Estados-membros dos EUA têm ocupado mais a atenção da Corte Constitucional do que o governo federal, pois, na prática, são o principal alvo do controle de constitucionalidade. Whittington (2005, p. 586) ressalta que a Suprema Corte norte-americana derrubou as políticas estaduais e locais em bem mais de 1.100 casos, enquanto rejeitou políticas federais em apenas mais de 150 casos.

A esse respeito, Whittington (2005, p. 586) relata que a independência dos governos estaduais e municipais em relação ao governo nacional é uma fonte de resistência dentro do regime constitucional que as autoridades políticas nacionais pretendem estabelecer. Essa mesma dificuldade teria levado defensores da reforma constitucional da década de 1780 (nos EUA) a buscar um governo nacional forte, com capacidade para disciplinar os atores políticos subnacionais. No entanto, apesar de os membros da assembleia constituinte (*constitutional convention*) não estarem dispostos a dar ao Congresso o poder de diretamente vetar discricionariamente leis estaduais, redigiram uma cláusula de que a Constituição é superior a leis estaduais contrárias, o que implica a possibilidade de controle de constitucionalidade pela Suprema Corte norte-americana das ações dos Estados-membros. Assim, fica claro que o *judicial review* possibilita o controle das leis estaduais pela Suprema Corte, a fim de “assegurar a supremacia da Constituição”.

Tom Ginsburg (2008, p. 83-84) também enfatiza o federalismo como sendo uma das principais explicações para a fundação e a sustentação do *judicial review* nos Estados Unidos. Para ele, sempre que existirem dois órgãos ou níveis diferentes de produção normativa com competências territoriais diferentes, haverá um potencial conflito de competências. Assim, um terceiro órgão neutro pode servir a ambos os níveis de governo para resolver essas disputas quando elas surgirem. Além disso, no sistema federalista, será comum que os Estados-membros criem barreiras protecionistas, prejudicando o livre comércio. Neste caso, um terceiro órgão neutro, na forma de tribunal, poderá avaliar se a legislação estadual prejudica o compromisso do livre comércio em âmbito nacional, previsto na Constituição.

Assim, observa-se como o *judicial review* revela-se um instrumento importante para o federalismo. Entretanto, pensando-se em âmbito mundial, há vários países que adotaram o sistema do *judicial review* e não são Estados Federados, mas Unitários. Logo, o controle judicial de constitucionalidade pode ser um instrumento útil ao federalismo, mas o federalismo não é a única justificativa possível para se adotar o *judicial review*.

Na linha de raciocínio de Whittington (2005, p. 588), uma segunda barreira à agenda das coligações na política norte-americana – que também pode ser superada pelo *judicial review* – é, como já se expôs, a existência dos interesses entrincheirados (*entrenched interests*). Segundo o autor, os interesses entrincheirados podem, muitas vezes, frustrar a reforma e beneficiar um poderoso *status quo* da legislação norte-americana. Assim, da mesma forma que presidentes tomam iniciativas para contornar obstáculos legislativos, tribunais podem ser um veículo alternativo útil para uma pretendida reforma, mesmo por parte das coalizões políticas majoritárias.

A terceira barreira à pauta das lideranças políticas, que pode ser superada pelo *judicial review*, é a turbulência de coalizões políticas heterogêneas, segundo Whittington. Os partidos políticos norte-americanos muitas vezes são coalizões turbulentas, e a unidade do partido pode ser conseguida em detrimento de compromissos políticos substanciais. Assim, para os líderes de facções internas do partido do governo, o *judicial review* pode oferecer os meios para permitir a discordância intracoaligação e, potencialmente, para desfazer os compromissos políticos que tiveram que ser feitos nas arenas políticas e legislativas em nome da unidade da coalizão. Assim sendo, o recurso a uma amigável revisão judicial pode suavizar as relações legislativas de membros de coalizões políticas turbulentas, proporcionando alguma medida de adicional segurança para os compromissos centrais de líderes partidários e presidentes. Portanto, mesmo

a invalidação judicial de lei federal recente – aprovada pelos parlamentares dos mandatos em curso – não será necessariamente indesejável por líderes políticos atuais (WHITTINGTON, 2005, p. 589).

Whittington (2005, p. 591-592) também ressalta que o *judicial review* pode ser um aliado das lideranças políticas para que estas possam superar coalizões políticas internamente pressionadas (*cross-pressured political coalitions*). Nesse tocante, é imperioso observar que há algumas questões com as quais os políticos não podem lidar facilmente. Os eleitores dos parlamentares individuais podem estar fortemente divididos sobre determinado assunto, ou ser hostis a uma política que o parlamento gostaria de adotar. Assim, as lideranças partidárias, incluindo presidentes e líderes no Legislativo, devem, por vezes, igualmente gerenciar coalizões políticas profundamente divididas e internamente pressionadas. Quando se deparam com tais situações, as autoridades eleitas podem procurar os tribunais para resolver a questão polêmica, a fim de contornar a inércia legislativa. Nesses casos, as autoridades eleitas do Executivo e do Legislativo prefererem procurar o Judiciário para resolver a questão política, mesmo que a decisão judicial possa ser incerta ou desfavorável, pois pretendem evitar as consequências políticas e eleitorais negativas que uma tomada de decisão lhes acarretaria. Diante da impopularidade da decisão que precisa ser tomada, os líderes da coalizão e os políticos pressionados preferem transferir a culpa da decisão controversa para o Tribunal, a fim de preservar o seu apoio eleitoral e a unidade da coalizão.

Dessa forma, Whittington (2005, p. 594) conclui que a Corte Constitucional pode ser capaz de “interpor sua mão amiga” para ajudar na tarefa política dos líderes políticos e seus afiliados, por intermédio do exercício do “poder independente” de revisão judicial.

Tudo isso mostra como talvez não seja verdadeira a conclusão de que o exercício contramajoritário do controle de constitucionalidade desagrade os líderes políticos atuais. Além disso, explica como uma postura ativista da Corte Constitucional no controle de constitucionalidade é tolerada e, muitas vezes, incentivada pelas autoridades políticas eleitas do Executivo e do Legislativo.

As perspectivas da ciência política acima expostas, mais focadas na realidade estadunidense, permitem comparações e reflexões importantes, considerando as peculiaridades do sistema institucional e dos arranjos políticos brasileiros. Com efeito, a partir da teoria política acima exposta, é possível indagar como o controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil foi ampliado nos planos normativo e pragmático. Para tanto, exige-se uma análise institucional e interna, isto é, a aferição das instituições brasileiras e de como os Poderes constituídos se relacionam entre si. De qualquer forma, o aporte teórico da ciência política e uma análise comparativa às instituições norte-americanas podem trazer importantes contribuições para a aferição do contexto brasileiro.

Razões semelhantes às que foram acima expostas talvez sirvam para explicar como, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 e emendas constitucionais posteriores ampliaram o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. Talvez não haja uma verdadeira disputa de poder entre o Presidente da República, os congressistas e os membros do Supremo Tribunal Federal, mas uma acomodação de interesses políticos. Em outras palavras, no Brasil, assim como nos Estados Unidos, talvez o controle de constitucionalidade realizado pela Corte Constitucional seja útil aos líderes políticos do Congresso Nacional e ao governo federal, sobretudo para superar os entraves do federalismo, dos interesses entrenchados (*entrenched interests*) – que impedem o desenvolvimento de determinados setores – e da heterogeneidade da coalizão política.

Em primeiro lugar, no Brasil, os Ministros do Supremo Tribunal Federal também são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal. Assim, não é difícil constatar que o Chefe do Executivo historicamente nomeia para esse cargo pessoas com quem possui alguma relação pessoal, ou que têm um perfil consentâneo com a política governamental, ou, mais especificamente, que possuem entendimento na linha das decisões que serão favoráveis à política governamental, ao partido do governo ou aos seus líderes partidários. Com efeito, a indicação de determinada pessoa para o cargo de Ministro do STF comumente ocorre após uma conversa reservada com o Presidente da República, e, a seguir, a pessoa indicada é submetida a uma sabatina no Senado Federal, onde os senadores indagarão o candidato sobre diversos temas, inclusive sobre casos importantes que estão submetidos ao julgamento do STF.

Tais considerações sobre a forma política de nomeação para os cargos de Ministro do STF demonstram que talvez, no Brasil, o chefe do Executivo e os parlamentares da mesma coalizão política do governo não sejam contrários ao controle de constitucionalidade realizado pelo STF, pois, de certa forma, moldam o perfil da Corte de acordo com os seus interesses políticos.

Além disso, é possível que a Corte Constitucional brasileira também sirva aos interesses do governo federal contra os Estados-membros. No Brasil, não existe sobreposição de lei federal em detrimento de lei estadual ou municipal, mas apenas uma divisão de competências legislativas, estabelecidas pela Constituição Federal, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios. Entretanto, em diversos casos, a definição dos limites da competência legislativa de cada ente federado fatalmente acaba necessitando de interpretação constitucional. Nesse sentido, sendo questionada a constitucionalidade de uma dessas leis em razão da invasão da competência legislativa do outro ente federado, caberá ao STF decidir a questão no controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. Além disso, havendo, por outra razão (não legislativa), conflito federativo entre os entes federados, há competência originária do STF para julgar a causa. Assim, o STF, integrante do Poder Judiciário da União, composto por Ministros nomeados pelo Presidente da República após aprovação da indicação pelo Senado Federal, é quem julgará a controvérsia federativa. Pela análise dessa sistemática, já é intuitivo que haverá uma prevalência dos interesses da União sobre os interesses dos estados e dos municípios.

Em pesquisa empírica coordenada pelos professores Alexandre Araújo Costa e Juliano Zaiden Benvido, da Universidade de Brasília, demonstrou-se que, no período analisado (junho de 1999 a maio de 2010, da ADI 2010 à ADI 4009), 30% (582) das ações diretas de inconstitucionalidade foram propostas contra atos normativos federais; 1% (27) contra atos normativos municipais; e 69% (1303) das ADIs foram propostas contra atos normativos estaduais (COSTA et al., 2010). Isso denota que a grande maioria das ações diretas de inconstitucionalidade volta-se contra atos normativos dos estados, o que reforça a conclusão de que o controle abstrato de constitucionalidade revela-se útil para o federalismo e, sobretudo, para os interesses da União.

Isso talvez explique por que o controle abstrato de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal é tolerado pelo governo federal e pelos congressistas, sendo inclusive desejado um certo ativismo judicial, pois podem ser úteis aos seus interesses.

O controle de constitucionalidade também tem sido um mecanismo utilizado no Brasil para superar o problema dos “interesses intrincheirados” (*entrenched interests*), ou seja, quando a própria base aliada ou a coalizão política majoritária está dividida internamente. Não havendo consenso sobre determinada questão, que precisa ser legislada, o Congresso Nacional comumente fica inerte, desejando que o Supremo Tribunal Federal resolva a questão. Isto aconteceu, por exemplo, com a questão do direito de greve dos servidores públicos. Nesse tocante, diante da divisão existente dentro da base aliada ao governo, nunca foi editada lei para regular essa matéria. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto dos Mandados de Injunção n.º 670, n.º 708 e n.º 712, em 2007, determinou que houvesse a aplicação das Leis 7.701/1988 e 7.783/1989, que disciplinava o direito de greve dos trabalhadores em geral, aos servidores públicos civis, haja vista a falta de disciplina legal a essa categoria, enquanto o Congresso Nacional não legislasse sobre a matéria (BRASIL, 2008). A questão é que, mesmo após essa decisão, o parlamento nunca conseguiu consenso mínimo para votar a matéria, nem mesmo dentro da própria base aliada ao governo.

De outro lado, o controle de constitucionalidade realizado pelo STF também se revela útil aos interesses das lideranças políticas no que se refere à superação da pressão interna existente nas coalizões políticas em razão da insuperável controvérsia sobre certos temas. Com efeito, é comum que parlamentares, e inclusive eleitores, tenham divergências intransponíveis acerca de determinadas questões. O parlamento, composto por membros das mais diversas classes é, ao menos em tese, mais capacitado para internalizar as discordâncias e tomar uma melhor decisão política sobre a questão. No entanto, haveria um ônus político para o partido, em razão da possibilidade de cisão do partido ou rompimento da coalizão, e também para os parlamentares eleitos, em razão da impopularidade da medida a ser adotada. Em razão disso, também no Brasil há algumas questões com as quais os políticos não conseguem lidar facilmente.

Nesses casos, embora o parlamento seja o fórum próprio para tais discussões, os parlamentares desejariam que o Judiciário tome uma decisão e assumam o ônus político da impopularidade da medida. É o caso, por exemplo, da questão do aborto de fetos anencefálicos, do reconhecimento da instituição da união estável aos casais homoafetivos, dentre outras. Nesse tocante, observa-se que o chefe do Executivo e os congressistas deliberadamente deixaram de analisar temas extremamente controversos, não só permitindo como também desejando que a decisão final da questão ficasse a cargo do STF.

Portanto, deve ser desfeito o mito de que os parlamentares e o chefe do Executivo são contrários a um modelo forte de controle judicial de constitucionalidade. A análise institucional leva à outra conclusão, qual seja, a de que frequentemente o chefe do Executivo, as coalizões políticas ligadas ao governo e os parlamentares toleram - e, inclusive, em alguns casos, fomentam - o controle judicial de constitucionalidade realizado pelo STF.

Todavia, dizer que autoridades políticas eleitas frequentemente desejariam um controle judicial de constitucionalidade forte realizado pelo STF não é o mesmo que afirmar que isso é útil à democracia e aos interesses da sociedade. Como afirma Louis Fischer (1988, p. 5), “para os membros do Congresso, fugir destas questões, alegando que o Tribunal deve tomar a decisão final, é tentador, mas irresponsável”.¹⁰ Com efeito, a permanente tensão entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário é imprescindível para que seja resguardada a democracia e para que o Estado não se degenere para uma autocracia, sempre indesejável. Então, se os membros dos Poderes constituídos não resguardarão, por si só, o equilíbrio e a tensão permanente e produtiva que deve haver, será preciso pensar em mecanismos e instituições que resguardem esse equilíbrio, ou um maior equilíbrio possível.

De qualquer forma, conhecer a realidade institucional e a forma como os membros dos Poderes constituídos se relacionam é fundamental para desmistificar a ideia de que eles estão sempre em confronto entre si, ou de que os parlamentares e o Presidente da República seriam contrários a um controle de constitucionalidade forte. Ter como pressuposto essa realidade será imprescindível para pensar em instituições que realmente garantam o equilíbrio entre os Poderes Constituídos e permitam uma maior democratização e participação dos cidadãos e das diversas instituições no processo de constituição de sentido para o texto constitucional.

5 Conclusão

A necessidade de garantir a força normativa da Constituição, a sua superioridade em relação às demais normas e ao controle de constitucionalidade não implicam inexoravelmente outorgar esse poder ao Judiciário ou à Corte Constitucional. É possível proteção efetiva à Constituição e aos direitos fundamentais em sistemas que deixam a última palavra em matéria de controle de constitucionalidade ao Legislativo, a depender da capacidade das instituições de cada país. A partir de tudo o que foi acima discutido, não se pode dizer que o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade seja autoevidente, tampouco que o expansionismo do *judicial review*, no Brasil, seja inerente à Constituição Federal de 1988. Além disso, as pesquisas empíricas demonstram que a justificativa de proteção jurisdicional de direitos fundamentais não se sustenta, haja vista que é muito baixo o percentual de ações diretas de inconstitucionalidade que protegem direitos fundamentais.

Dessa forma, é preciso colocar em xeque o discurso jurídico linear de que o controle judicial de constitucionalidade possui relação de necessariedade com a ideia de concretização da Constituição, ou que um aumento de poder do STF seja inerente ao texto da Constituição de 1988.

Com efeito, as autoridades eleitas, e a classe política em geral, possuem razões suficientes para terem ampliado a extensão do controle de constitucionalidade no Brasil nas últimas décadas, seja no

¹⁰ Tradução livre da seguinte frase: “For members of Congress to shy away from these issues, claiming that the Court must make the ultimate determination, in tempting but irresponsible” (FISHER, 1988, p. 5).

texto da Constituição Federal de 1988, seja em Emendas Constitucionais posteriores, isto é, existe um bom suporte político para o *judicial review* no Brasil.

Como foi demonstrado, questões inerentes ao federalismo e, no âmbito político, contingências relativas aos interesses entrenchados (*entrenched interests*) e à heterogeneidade da coalizão política, podem demandar a existência de um controle de constitucionalidade forte realizado pela Corte Constitucional. Além disso, em razão da forma de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal e da perspectiva de poder influenciar politicamente as suas decisões – que podem ou não se concretizar –, talvez um controle forte de constitucionalidade e um ativismo judicial da Corte Constitucional sejam convenientes aos interesses do Chefe do Poder Executivo, dos parlamentares aliados ao governo e dos partidos políticos com maior representatividade no Parlamento.

Por tais razões, deve ser desmistificada a ideia de que os parlamentares e o governo são contrários a um modelo de controle de constitucionalidade forte, como é o controle abstrato e concentrado realizado no Brasil. Com apoio na ciência política, uma análise da relação institucional entre os membros do governo, do parlamento e da Corte Constitucional leva à conclusão exatamente oposta, qual seja: a de que, frequentemente, o chefe do Executivo, as coalizões políticas ligadas ao governo e os parlamentares toleram - e, inclusive, em alguns casos, fomentam - o controle judicial de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

No entanto, isso não é o mesmo que afirmar que um controle de constitucionalidade forte seja útil à democracia e aos interesses da sociedade. Pelo contrário, se não existe um verdadeiro embate entre os Poderes constituídos pelas relações políticas que possuem é preciso encontrar mecanismos institucionais que permitam uma maior participação das demais instituições, públicas e privadas, e dos cidadãos no processo de interpretação constitucional e de implementação do projeto constitucional.

De qualquer forma, superar o fundamento místico da autoridade do STF, de que o poder para exercer um *judicial review* forte lhe foi dado pela Constituição Federal de 1988, para investigar o poder político e os interesses que realmente sustentam esse modelo institucional, é o primeiro passo para uma discussão mais transparente sobre o modo como vem sendo exercido o controle judicial de constitucionalidade pela Corte Constitucional brasileira.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 16, p. 3-42, out./dez. 2009.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Estatísticas do STF**: acervo atual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 670. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Relator pelo Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em: 25 out. 2007. DJe-206, 31 out. 2008. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 207-01, p. 11. 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 708. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 25 out. 2007. DJe-206, 31 out. 2008. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 207-02, p. 471. 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 712. Relator: Ministro Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em 25 out. 2007. DJe-206, 31 out. 2008. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 239-03, p. 384. 2008.
- COSTA, Alexandre Araújo. Judiciário e interpretação: entre Direito e Política. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 9-46, jan./abr. 2013.

- COSTA, Alexandre Araújo et al. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? Um perfil das decisões de procedência em ADIs. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA (ABCP), 7., 2010, São Paulo. **Anais...** São Paulo: ABCP, 2010.
- DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o “fundamento místico da autoridade”**. Trad. Leyla Perrone-Moisés. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- FISHER, Louis. **Constitutional dialogues: Interpretation as political process**. Princeton: Princeton University Press, 1988.
- FREITAS, Vladimir Passos de. A Justiça Estadual nos Estados Unidos. **Revista On-line Administração da Justiça**, Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=159>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press, 2008. p. 81-98.
- HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. **Annual Review of Political Science**, Palo Alto, v. 11, p. 93-118, 2008.
- HIRSCHL, Ran. The political origins of judicial empowerment through constitutionalization: Lessons from four constitutional revolutions. **Law & Social Inquiry**, Chicago, v. 25, n. 1, p. 91-149, jan. 2000.
- HIRSCHL, Ran. **Toward Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004;
- HUGHES, Charles Evans. **Addresses and papers**. New York: G.P. Putnam's Sons, 1908.
- KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, p. 141-184, 2013.
- MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- VILHENA, Oscar. Supremocracia. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 3, n. 12, p. 55-75, out.-dez. 2008.
- WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. **American Political Science Review**, Princeton, v. 99, n. 4, p. 583-596, nov. 2005.

Recebido em: 12/01/2018

Aprovado em: 01/03/2018