



Derechos Fundamentales y la Evolución del Control de Constitucionalidad Concentrado en Brasil¹

Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho² y Alexandre Araújo Costa³

Resumen:

A pesar de que tradicionalmente ha existido y se ha desarrollado un modelo de control difuso de constitucionalidad, la evolución de la justicia constitucional en los últimos cincuenta años en Brasil se ha destacado por una progresiva expansión de instrumentos que atribuyen directamente a la Suprema Corte la función de admitir y decidir sobre la contradicción entre las leyes y la Constitución. Lo que empezó como una forma de controlar el sistema federativo durante el régimen militar en los años 1960, ha ganado una fuerte dimensión institucional en el modelo constitucional brasileño, en general bajo el discurso de que la concentración de la justicia constitucional en el Supremo Tribunal Federal sirve para tornar más efectivos los derechos fundamentales de los ciudadanos. A partir de los datos recogidos en la investigación “A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?” y del repaso sobre la historia del modelo de justicia constitucional del país, incluso durante el proceso constituyente entre 1986 y 1988, este artículo intenta hacer una demostración de varios problemas que se han desarrollado en la práctica del control de constitucionalidad hacia la perspectiva de la efectividad de los derechos fundamentales en Brasil.

Palabras Claves:

Derechos fundamentales, Control de Constitucionalidad, Brasil.

Abstract:

Although traditionally have developed a diffuse model of judicial review, the evolution of the constitutional justice in the last fifty years in Brazil has been highlighted by a progressive expansion of instruments that attach directly to the Supreme Court to admit and decide the contradictions between the statutes and the Constitution. What started as a way to control the federal system even in the military regime in the 1960s, has gained a strong institutional dimension in the Brazilian constitutional model generally under the discourse that to the concentration of the judicial review in the Supreme Court as a way to

¹ Este artículo es el resultado de una ponencia realizada día 14.10.2014, en el Seminario que tuvo el mismo título en la Universitat Pompeu Fabra/Barcelona. El estudio solo fue posible gracias a la beca concedida por la Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior/CAPES (processo BEX 14818/13-2). Por los debates y sugerencias acogidas en el texto, nuestro agradecimiento a los profesores Aida Torres Pérez y Jorge Roa Roa, del Departamento de Derecho Constitucional de la UPF, y además a los revisores anónimos de esta revista. Por la revisión del texto en la lengua española, gracias a la doctoranda en Derecho por la UPF, Ana María Henao.

² Doctorando en Derecho por la Universidade de Brasília y Investigador Visitante en la Universitat Pompeu Fabra.

³ Doctor en Derecho y Profesor de la Universidade de Brasília.

turn more effective the fundamental rights of citizens. From the data collected in the study, “A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?” and a brief revision of the Brazilian model of constitutional justice, even during the constituent process between 1986 and 1988, this article attempts to demonstrate several problems that have developed in the practice of judicial review from the effectiveness of fundamental rights perspective in Brazil.

Keywords:

Fundamental rights, Judicial review, Brazil.

1. INTRODUCCIÓN

La protección de los derechos fundamentales por órganos judiciales se consolidó como uno de los pilares del concepto moderno de Constitución, y ha sido presentada como una característica inseparable de la idea contemporánea de democracia (Dippel 2007). Esta es una de las razones por las cuales el procedimiento de deliberación de las cortes ha recibido mucha atención, no sólo de juristas, sino también de investigadores de otras ciencias sociales. Esta ampliación del interés acerca de las cortes y sus funciones en el régimen democrático ha enriquecido la comprensión de los juristas sobre su propia actividad y sugerido cambios en el diseño institucional de las constituciones, pues estos estudios revelan muchos datos que no integran las percepciones compartidas por los juristas en general.

El pensamiento jurídico se concentra en el análisis de decisiones particulares y en la búsqueda analítica para identificar principios normativos subyacentes al conjunto de decisiones. Este tipo de investigación busca conferir comprensibilidad a la orden jurídica por medio de la identificación de estándares normativos obligatorios que conforman (o deberían conformar) las prácticas decisorias. Tal abordaje parte del supuesto de que existen, por detrás de los textos y de la red de interpretaciones, ciertos estándares normativos que pueden ser identificados, aunque muchas veces sea limitada su efectividad. En la perspectiva dogmática, la falta de eficacia de una norma obligatoria es pensada como una *imperfección* del orden jurídico, que puede ser resuelta a partir de abordajes hermenéuticos adecuados. Las razones buscadas en las decisiones son pensadas como una *falta* y no como un hecho político relevante.

Paul Kanh (2001) resalta que ese enfoque lleva el pensamiento jurídico a concentrarse en la idea de *reforma*: abordamos los textos normativos y las instituciones jurídicas como elementos que deben ser constantemente desarrollados, y nos concentramos en hacer y rehacer propuestas para tornar mejor al sistema, cuestionando si “materializaríamos mejor la norma del Estado de derecho adoptando alguna de esas variaciones institucionales”. Los juristas raramente abordan la distinción entre los discursos y las prácticas como una forma ideológica de refuerzo de la legitimidad de las prácticas, y si como una evidencia de la inadecuación normativa de las prácticas, que son enfrentadas desde un discurso centrado en la necesidad de garantizar la efectividad de los derechos.

Al discurso dogmático no le interesa cuál es la práctica decisoria, sino cuál debería ser el comportamiento de las cortes. Por eso, las investigaciones jurídicas tienden a concentrarse en los elementos discursivos y retóricos del lenguaje judicial, lo que ha conducido a una sobrevaloración de las teorías de la argumentación jurídica, que

suponen una fuerte conexión entre patrones de toma de decisiones - y patrones retóricos. Además, esta concentración en los elementos argumentativos y hermenéuticos tiende a conducir las investigaciones a estudiar los casos célebres, que establecen los precedentes utilizados en la argumentación dogmática.

En contraste, el abordaje de las ciencias sociales busca los patrones de comportamiento que pueden ser inferidos de la práctica decisoria (y no de la práctica argumentativa), lo que permite observar una serie de fenómenos que permanecen opacos a las perspectivas dogmáticas: los patrones de selectividad en las decisiones (estudiados desde hace décadas por la criminología), los sesgos ideológicos y políticos instaurados por discursos hermenéuticos pseudotécnicos, el carácter corporativista de la jurisprudencia (que, en Brasil al menos, beneficia de forma desproporcionada los intereses de servidores públicos, especialmente de aquellos integrantes del sistema de justicia). La desigualdad social, reflejada en las decisiones, no tiene una justificativa hermenéutica y, por eso, no es captada por estudios dogmáticos centrados en los discursos judiciales.

La perennidad del discurso de la reforma de las instituciones jurídicas, siempre en crisis y siempre demandando mejoras, conduce a una multiplicidad de medidas explícitamente dirigidas a tornar más efectivos los derechos, a ampliar el acceso a la justicia y de imprimir mayor celeridad a las decisiones. Sin embargo, las proposiciones legislativas en Brasil normalmente apenas reconocen el problema de la sobrecarga de acciones en los tribunales, a partir de estrategias que amplían los poderes judiciales para seleccionar acciones en razón de su “relevancia” y para encerrar rápidamente a los procesos por razones formales⁴ o por la aplicación directa de las interpretaciones predominantes. Con eso, problemas fundamentales no son tocados y los intereses políticos privilegiados por las decisiones permanecen iguales.

A pesar de haber experimentado un importante crecimiento económico con reducción de la pobreza en los últimos 20 años, Brasil aún posee uno de los peores índices de concentración de ingresos y desigualdad en Latinoamérica⁵. Este factor no deja de producir sus efectos en el sistema de justicia, pues muchas demandas sobre derechos sociales son judicializadas, especialmente las cuestiones de salud y educación públicas. Todavía, no se puede afirmar que son demandas de esta especie que causa la notoria sobrecarga de procesos en el poder judicial brasileño, pues las cuestiones de aglomeración de los tribunales son las demandas de masa derivadas de relaciones de consumo y de crédito⁶, así como demandas relacionadas a trabajo y seguridad social. Tal situación no revela una incapacidad institucional de cumplir los derechos fundamentales, pues los recientes incrementos en el número de procesos probablemente se relacionan con la reciente inclusión de una relevante parcela de la población en relaciones formales de crédito y consumo (Salama y Pinheiro 2013, p. 28-29).

⁴ En este sentido fue la reforma del Poder Judicial a través de la Enmienda Constitucional 45/2004 y la inclusión del requisito de la repercusión general de la cuestión constitucional y el enunciado de efecto vinculante en la práctica judicial de la Corte (Carvalho 2012 p. 199-211).

⁵ Según la última estimativa presentada en septiembre/2014, Brasil es el tercer país más desigual de Latinoamérica y Caribe, con índice Gini de 0,56, atrás solamente de Haití (0,59) y Bolivia (0,60).

⁶ En informe publicado por el Consejo Nacional de Justicia se puede ver que en siete ciudades brasileñas (Aracaju, Brasília, Manaus, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro e São Paulo) casi ¾ de los procesos involucraban sólo 14 instituciones financieras por problemas estructurales de las relaciones de crédito. (CNJ 2011, p. 10; igualmente en este sentido: Salama y Pinheiro 2013).

A pesar de representar una parte relativamente pequeña de las demandas, la defensa de los derechos fundamentales es un elemento retórico relevante en la justificación de los sistemas de control judicial constitucionalidad. En este sentido el artículo Federalista n. 78 consideraba que la “independencia judicial es igualmente necesaria para proteger a la Constitución y a los derechos individuales” en situaciones de peligro por “innovaciones en el gobierno y graves opresiones del partido mayoritario de la comunidad” (Hamilton 1788, p. 297). La misma idea fue defendida en una reciente decisión del STF acerca de la posibilidad de transexuales utilizar el baño de mujeres en un centro comercial, en la cual el magistrado Luis Barroso afirmó que una de las principales misiones de los Tribunales Constitucionales contemporáneos es “definir el alcance de los derechos fundamentales, especialmente los relativos a las minorías”. No obstante, los datos acerca del control concentrado en Brasil indican que Kelsen tenía razón al observar que la justicia constitucional en Estados federales es más relevante porque “la repartición de las competencias es el núcleo político de la idea de federalismo” (1928, p. 254) y la protección de esta división es la tarea fundamental de las cortes constitucionales. La historia constitucional de Brasil corrobora esta tesis, pues el *judicial review* fue introducido en el país juntamente con el federalismo y el control concentrado fue establecido por las reformas constitucionales promovidas durante el régimen militar (1964-1985), las cuales implementaron un ideal de centralización política y de control de la legislación estadual por el Supremo Tribunal Federal, a través de la institución de la representación de inconstitucionalidad movida exclusivamente por el representante judicial del Presidente de la República.

Desde la promulgación de la Constitución democrática de 1988, todavía vigente, el proceso de reformas del poder judicial continuó, pero bajo el discurso de la eficacia de los derechos fundamentales, la racionalización del acceso a la justicia y la mejoría de la seguridad jurídica. Entretanto, la estrategia ha sido la misma: la concentración de la revisión judicial en la Corte Suprema, fenómeno que ha estimulado una progresiva construcción de decisiones abstractas y vinculantes con carácter normativo, sin que el resultado para la garantía de los derechos haya cumplido con las expectativas de los ciudadanos (Galindo 2009, pp. 175-201; Carvalho 2012, pp. 250-255).

Del examen de los datos recogidos y los resultados de la investigación conducida en el Departamento de Derecho Público de la Universidad de Brasilia “¿A quién le interesa el control concentrado de constitucionalidad?”, este artículo busca enlazar este movimiento de ampliación de las competencias de la Corte Suprema, con el incremento de la efectividad de los derechos fundamentales. El objetivo es hacer un análisis crítico y empírico sobre las prácticas judiciales desarrolladas en la Corte para confrontarlas con las reformas constitucionales y legislativas que afectaron el diseño del control de constitucionalidad en el país.

Para contextualizar los análisis, el artículo empieza con una breve reseña histórica de las reformas dirigidas al desempeño de las funciones institucionales del Tribunal y presenta la configuración actual del modelo brasileño de revisión judicial. Posteriormente el texto describe cómo funciona el modelo de su jurisdicción concentrada, a partir de los datos resultantes de la investigación empírica mencionada, posibilitando la evaluación crítica constante de la conclusión acerca de la correlación entre el proceso de concentración de la justicia constitucional y la efectividad de los derechos fundamentales.

⁷ STF. Voto de Luis Barroso RE 845779, DJ 13/11/2014.

2. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD EN BRASIL

Durante los últimos cincuenta años, la justicia constitucional brasileña ha sufrido un gradual proceso de concentración de competencias en el Supremo Tribunal Federal. El sistema brasileño sigue siendo calificado de mixto, en función de la coexistencia de elementos del control difuso y concentrado, mientras es ampliamente reconocido que “esta convivencia no se efectúa sin una permanente tensión dialéctica”⁸.

La tendencia de ampliación del papel de la jurisdicción constitucional concentrada es claramente observable en cambios constitucionales, legislativos y jurisprudenciales que han modificado la estructura y la actuación de las instituciones formales de control de constitucionalidad. Esas alteraciones son casi siempre inspiradas por el discurso de la necesidad de combatir la crisis de sobrecarga del sistema judicial, una crisis cuyo diagnóstico es perenne en los discursos políticos contemporáneos. Hace casi cincuenta años, Greshan Sykes diagnosticó que “aunque gran parte de la discusión actual sobre la congestión judicial suena como una nota de alarma contemporánea, el retraso en las cortes ha sido hace mucho tiempo la exhibición de un grave problema de nuestro sistema jurídico” (Sykes 1969, p. 328) y que las constantes referencias a una crisis, que puede ser real o imaginaria, se relaciona al hecho de que “la movilización de apoyo público para un ataque a un problema social a menudo requiere la evocación de un estado de crisis, un sentido de urgencia, y una fuerte conciencia de los fallos de las medidas paliativas” (Sykes 1969, p. 329).

Como se demostrará adelante, los cambios estructurales en la jurisdicción constitucional brasileña se llevaron a cabo en nombre de asegurar la eficiencia y racionalización y recurrentemente utilizaron estrategias dirigidas a evitar “estrangular la maquinaria judicial”, por medio de una combinación de *concentración* y *selectividad*. Concentración en el sentido de que los cambios legislativos y jurisprudenciales desde 1965 atribuyen al STF poderes cada vez más amplios, con lo que menos decisiones podrían resolver más casos⁹. Y selectividad en el sentido de que se crearon varias posibilidades para limitar el acceso al control de constitucionalidad, lo que permite unos procesos de selección a partir de los méritos los cuales deben ser evaluados por el Tribunal fueron creados por el parlamento¹⁰.

El proceso de concentración y selectividad todavía está en curso, aunque (como sería previsible por quien hubiera leído a Sykes cincuenta años atrás) no ha sido capaz de resolver el problema de sobrecarga, que continua siendo señalado por los juristas como

⁸ STF. Opinión/Fallo del ministro Sepúlveda Pertence. ADC-QO n° 1/DF, DJ16.06.95.

⁹ Dichos cambios serán vistos en detalle más adelante, pero entre ellos están las Enmiendas Constitucionales n. 16/1965; n. 03/1993 e n. 45/2004, más allá de las reformas procesales insertadas en las leyes n. 8.038/1990 (posibilidad del magistrado del STF denegar recursos sin someterlos a el pleno); n. 9.139/1995 (potestad del magistrado para juzgar el tema de fondo de recursos que estén en contrariedad a la jurisprudencia de la Corte); n. 9.868/1999 (acciones directas en el STF).

¹⁰ En especial se destacan las leyes n. 11.417/2006, que disciplina la adopción de los enunciados con fuerza vinculante de la Corte, y la n. 11.418/2006, sobre el requisito de la repercusión general de las cuestiones constitucionales discutidas en el caso para su admisión como recurso extraordinario en el STF.

uno de los fracasos de la justicia brasileña (Filho 2007, pp. 378). Las propuestas actuales¹¹ continúan siendo movidas por una retórica ligada a la necesidad de enfrentar esta crisis que, por un lado, es evidenciada por la enorme cantidad de acciones y recursos que ponen en riesgo su capacidad de procesamiento y, por otro, es marcada por las intensas críticas que el Poder Judicial ha recibido de un variado grupo de observadores, hace algún tiempo (Faria 2006, pp. 15-48.).

Para la opinión pública, la magistratura sigue siendo un lento y malo proveedor de servicios (Faria 2006, p. 15) a un alto coste¹², más allá de mantenerse sin transparencia¹³. Para el gobierno, la burocracia judicial tiene baja eficiencia gerencial y amenaza el equilibrio fiscal con sentencias que imponen al Estado grandes deudas o que bloquean reformas estructurales para la actividad económica (Salama y Pinhero 2013, p. 29-33). Además, hay críticas de académicos y del parlamento¹⁴ por la excesiva interferencia en los trabajos del Poder Legislativo, lo que ha llevado parlamentarios a discutir la limitación de los poderes del Supremo Tribunal Federal en mantener la última palabra en materia constitucional¹⁵.

2.1 LOS INSTRUMENTOS PROCESALES DE CONTROL

El primer instrumento procesal establecido para provocar la intervención directa de la Corte Suprema con fines de supervisión normativa, independientemente de la consideración de un caso concreto, fue la *representación de inconstitucionalidad*, creada por la Enmienda Constitucional 16, el 26 de noviembre 1965. La doble introducción del control abstracto y el concentrado se llevó a cabo utilizando una modificación del artículo 101, I, letra k, de la Constitución de 1946, que ha añadido entre las competencias originarias la sentencia de “representación contra la ley inconstitucional o acto normativo, de naturaleza federal o estatal, remitido por la Fiscalía General de la República hacia la Corte Suprema”.

Esto es el resultado de una agenda de *efectividad de derechos fundamentales*, pero también de una política de concentración de poderes en el nivel federal, lo que es acentuado por el hecho de que este proceso solamente podía ser iniciado por el Procurador General de la Fiscalía, que era el representante del Presidente de la

¹¹ En este sentido es la propuesta de edición del Código Procesal Constitucional, que tiene apoyo del Consejo de los Abogados de Brasil y de parte de la doctrina brasileña (Carvalho y Borges 2013).

¹² En 2010 el Poder Judicial brasileño costó el equivalente a 1,12% del Producto Interno Bruto (US\$41 millones), lo que resulta en un gasto promedio de US \$ 127,46 por habitante. En el mismo año, el gasto medio de los 40 países de la Unión Europea, según la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia, fue de US\$54.95 por habitante. En comparación el porcentaje relativo del gasto del PIB en el poder judicial, Brasil supera a todos los países evaluados por el Consejo de Europa, lo que indica Montenegro sea de la nación con la tasa más alta (0,81% del PIB). Fuentes: CNJ, *Relatório Justiça em Números*, 2010; Project Report by European Commission for the Efficiency of Justice, 2013.

¹³ Esta es una crítica antigua al funcionamiento del Poder Judicial, lo que ha motivado el Consejo Nacional de Justicia a incluir en sus metas la profundización de la transparencia en los recursos humanos, pagos y contratos con el sector privado, además de todas las inversiones en sistemas informatizados para el libre acceso de los ciudadanos. Cf. CNJ: *Relatório Anual* 2014 (<http://goo.gl/p5iub0>) e *Estratégia do Poder Judiciário* 2015-2020 (<http://goo.gl/3wYHTTr>)

¹⁴ Pueden ser tomados como ejemplos los trabajos de Sadek (2010, pp. 17-31); Faria (2006, pp. 15-48) y Filho (2007, pp. 363-464).

¹⁵ Así es la propuesta de reforma (PEC 33/2011) del Diputado Nazareno Fonteles, en que se aumenta para 4/5 el quórum para la declaración de inconstitucionalidad y establece que en caso de desacuerdo con la declaración de inconstitucionalidad material, el Congreso, por 3/5 de sus miembros, puede someter el tema a consulta popular (sobre la reforma Bercovici y Lima 2013, pp. 785-801).

República para cuestiones judiciales. Arantes afirma que: “como representante judicial del Poder Ejecutivo federal, el Fiscal General se convirtió en un supervisor de los estados federados, en interés de la Unión, lo que aseguró la obediencia a los principios constitucionales dictadas por el propio régimen” (2002, pp. 40/1). Esta restricción del control concentrado al representante del Presidente diverge de la tradición europea, en la cual muchos de los procesos llegan a la corte como incidentes en acciones concretas (Kucsko-Stadlmayer 2012) y no en la forma de un control abstracto de la constitucionalidad cuyo enjuiciamiento es definido por su adecuación a los intereses políticos del Poder Ejecutivo, que en aquel momento era ejercido por los militares.

En 1977, ya en el proceso de reapertura a la democracia, una reforma judicial emprendida por el Presidente militar Geisel a través de la Enmienda Constitucional n. 7/1977 reforzó la concentración de poderes en la Corte Suprema. La aplicabilidad de la representación de inconstitucionalidad fue ampliada, pasando a abarcar actos normativos del poder ejecutivo y fue instituido un incidente de inconstitucionalidad llamado *avocatória*, institución que permitía al Procurador General de la Fiscalía solicitar al Tribunal llamase a su juzgamiento cualquier proceso judicial que involucrara peligro de grave lesión al orden y a la seguridad pública (Thompson Flores 1986).

Esta centralidad del Ejecutivo en el control de constitucionalidad fue cuestionada en la Asamblea Constituyente de 1987-88, que elaboró la constitución actual de Brasil. El Supremo Tribunal Federal defendió la conservación del sistema de control de constitucionalidad vigente, incluso con una expresa sugerencia de la manutención del monopolio del Procurador General de la Fiscalía (*Procurador-Geral da República*), que dejó de ser el representante judicial del Presidente (función que fue atribuida a la Abogacía General de la Unión) y se tornó un órgano autónomo de defensa de los intereses públicos (Gomes 2015). Esta era una forma de conservar los mecanismos difuso y concentrado de control de constitucionalidad, sin ampliar el número de legitimados para la provocación directa de la Corte (Koerner y Freitas 2013, p. 147).

Esta cuestión ha sido debatida en la Subcomisión de la Judicatura y la Fiscalía de la Asamblea Constituyente, en discusiones que tuvieron dos ejes: la sobrecarga de procesos, que impedía el desempeño eficiente de sus funciones, y la definición del papel de la Suprema Corte como órgano responsable de la estandarización de los conflictos jurídicos relacionados con la ley federal y la interpretación de la Constitución. Estos debates condujeron a una ampliación del número de agentes legitimados para enjuiciar la revisión judicial en el Supremo Tribunal Federal, pero no prosperaron los movimientos de apertura más amplios del control concentrado a la sociedad civil, que promovían incluso el acceso directo. Al final se han incluido entre los agentes legitimados al Presidente, a las Comisiones del Senado o Cámara de los Diputados, a los Gobernadores, a las Legislaturas estatales, a los Colegio de Abogados, a los partidos políticos y a las entidades corporativas (asociaciones y sindicatos de trabajadores, empleadores e representantes de categorías profesionales).

La inclusión de estos legitimados fue celebrada como una victoria de la ciudadanía, pues representaría, por un lado, una posibilidad de defensa de los derechos fundamentales y, por el otro, podría aportar para el refuerzo de la legitimidad de la Corte con el advenimiento de las discusiones sobre causas sociales de amplio interés público. Mientras tanto, la Corte ha creado jurisprudencialmente la exigencia de demostración de

“pertinencia temática”¹⁶, lo que ha limitado el papel de las entidades corporativas y gobernadores de los estados, afectando su actuación en causas orientadas a asegurar el interés colectivo.

2.2 CAMBIOS EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POSTERIORES A LA CONSTITUCIÓN

La idea de coherencia sistemática de la legislación brasileña y la necesidad de proporcionar seguridad jurídica al sistema de revisión judicial del Supremo aparecen como los principales elementos de justificación teórica del proyecto que resultó siendo la enmienda constitucional n. 03/1993. En aquel momento se incorporó la acción declarativa de constitucionalidad y el efecto vinculante de las declaraciones de inconstitucionalidad en Brasil. El texto aprobado no incluía la posibilidad remisión a la Corte de un conflicto normativo a partir de una discusión concreta¹⁷ sobre el alcance o la aplicación de los derechos fundamentales. Así que el acceso a la Corte Suprema por los ciudadanos permaneció solamente por recurso extraordinario. Esto generó críticas al texto de la enmienda, toda vez que estaría en contra de los principios del juez natural y del acceso a la justicia.

Una vez observadas las estadísticas de los procesos seguidos ante la Corte, se puede ver que los cambios introducidos por la EC 03/1993 no tuvieron un impacto en el número de procedimientos juzgados¹⁸. Así que el argumento de eficiencia procesal y seguridad jurídica como fundamento para volver vinculantes las decisiones de la Corte no se hizo observable en la práctica judicial. Por lo tanto, los ejemplos de referencia de tribunales constitucionales europeos como modelo para asegurar la aplicabilidad de los derechos fundamentales eran claramente incompatibles con la excesiva carga de trabajo a la que era sometida la Corte Suprema de Brasil.

Un escenario similar, con la misma justificación se encontró en la aprobación de la Ley n° 9.868/1999, que regula el proceso de las acciones directas. Esta ley ha ampliado el alcance del efecto vinculante de las deliberaciones de la Corte por medio de la denominada “interpretación conforme”¹⁹, tanto por los demás órganos del Poder Judicial como por la Administración Pública. Entre los motivos para el uso de la interpretación conforme a la Constitución era el fin práctico de cubrir una posible laguna en el sistema legal, que resulta de la declaración de inconstitucionalidad.

¹⁶ Según este requisito la legitimación activa queda restringida a las finalidades legales o estatutarias pertinentes al objeto de la demanda. STF. ADI n. 61/DF, *DJ* 28.9.1990; STF., rel. min. Ilmar Galvão, *DJ* de 30.9.1994.

¹⁷ Este es el modelo adoptado en algunos países europeos que realizan exclusivamente el control de constitucionalidad. Los tribunales constitucionales de Alemania, Austria y España admiten la presentación directa en caso de violación de los derechos fundamentales por parte de las autoridades públicas. En otro grupo, que incluye a los tres países citados más Bélgica, Francia, Italia y Luxemburgo, los tribunales constitucionales pueden recibir cuestiones constitucionales desde las demandas en casos concretos, los cuales serán suspendidos hasta que no se resuelva la controversia sobre la constitucionalidad de la ley (Comella 2009, p. 8).

¹⁸ Por lo contrario, el número ha crecido después de la reforma. En 1993 la Corte falló 21.737, número que llegaron a 28.221 en 1994; 34.125 en 1995; 30.829 en 1996; 39.944 en 1997, llegando hasta los 51.307 en 1998. Fuente: stf.jus.br

¹⁹ Inspirada en las sentencias interpretativas de la Corte Constitucional italiana, la interpretación conforme apareció en la jurisprudencia del STF antes de ser adoptada en la Ley 9.868.99. STF. ADI/MC n° 221: “Em matéria de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, admite-se, para resguardar, dos sentidos que eles podem ter por via de interpretação, o que for constitucionalmente legítimo - é a denominada interpretação conforme a Constituição” *DJ* 22.10.93.

Lo que pasa es que, en último análisis, todas las reformas constitucionales y legislativas sobre el sistema de justicia se someten a la definición por la propia Corte. Por lo tanto debemos entender que el establecimiento de los límites de sus propios poderes quedan casi exclusivamente en sus manos. Esta es una discusión considerada por la comunidad jurídica como técnica, que sin embargo tiene una dimensión política de gran importancia. Si es observada con cuidado, pone en tela de juicio dos supuestos fundamentales del constitucionalismo y de la propia subsistencia de la revisión judicial: 1) la separación de poderes: al poner en riesgo la distinción entre la función de la Corte en relación con el legislador y ubicarlos en condiciones de competición (Habermas 2012a, p. 324) en la elección del propio texto legal; 2) la imparcialidad de los jueces es confrontada con la prohibición de legislar para su propia causa (Vermeule 2012, p. 396), cuando la Corte decide sobre las condiciones institucionales para el ejercicio de su propia función.

La última reforma constitucional con un fuerte impacto en el control de constitucionalidad en el país fue la Enmienda Constitucional n. 45/2004. Como en otras ocasiones, se añadió la preocupación por el crecimiento exponencial de las demandas presentadas ante el STF bajo el discurso de eficiencia del papel de la Corte como institución encargada de la custodia de los derechos fundamentales. La reforma instituyó como requisito al conocimiento del recurso extraordinario la repercusión general de cuestiones constitucionales discutidas en el caso además de los enunciados vinculantes. Estas innovaciones han consolidado el proceso de concentración del control de constitucionalidad en la Corte Suprema de Brasil, a través del refuerzo del carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional (Carvalho 2012, p. 198).

2.3 LA CONFIGURACIÓN ACTUAL DE LA ACCIÓN DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Después de todos los cambios indicados anteriormente, y a pesar de mantener en teoría un sistema mixto de revisión judicial, la revisión judicial en Brasil asumió un carácter marcadamente concentrado y abstracto, alejándose de la tradición, asumiendo progresivamente más instrumentos²⁰ utilizados por los tribunales constitucionales europeos, pero sin cambiar la estructura de la Corte y el mantenimiento de su poder de juzgar en última instancia los recursos de casos específicos que tienen como telón de fondo una cuestión constitucional.

Con el objetivo de visualizar como se ha desarrollado el control concentrado en Brasil hemos presentado un panorama general de la organización de la Corte y de la acción directa de inconstitucionalidad, el principal instrumento de la jurisdicción concentrada. El paso siguiente estará dirigido a comprobar si estas acciones realmente tienen un impacto de hecho significativo en la protección de los derechos fundamentales.

²⁰ La inserción de los institutos de *amicus curiae* y de las audiencias públicas por la Ley n. 9.868/1999, siguen en este sentido, de manera similar, algunas de las técnicas de decisión típicas del modelo concentrado como la interpretación conforme a la constitución (STF. ADI 4.277/DF, DJ 14.10.2011) que va al encuentro del modelo de las ‘sentencias normativas’ que se integran como fuente del derecho, en la práctica de la Corte Constitucional italiana, más allá de la técnica del ‘apelo al legislador’ o declaración de ley ‘aún constitucional’ (STF. RE 147.776, DJ 19.05.1998) observadas a partir de su utilización en el Tribunal Constitucional alemán (MENDES, 1992, p. 473-502), y de la limitación de la producción de efectos de la declaración de inconstitucionalidad, incluido por la determinación de que la decisión producirá efectos solo *pro futuro* o cual el Tribunal lo defina (STF. ADI 2.240, DJ 3.8.2007; ADI 3.682, DJ 6.9.2007; ADI 1.351, DJ 29.6.2007).

La Suprema Corte de Brasil se compone de 11 magistrados de carácter vitalicio²¹, nombrados por el Presidente de la República, después de la aprobación por la mayoría absoluta en las audiencias de confirmación en poder del Senado. Los requisitos objetivos para la designación se encuentran en el art. 102 *caput* del texto constitucional, y se restringen a la limitación de edad: tener más de 35 y menos de 65 años, añadidas dos condiciones subjetivas: tener una reputación moral intachable y conocimiento jurídico notable.

La forma de composición del STF se mantiene en su forma original contemplada en la Constitución republicana de 1891, habiendo sufrido sólo un cambio temporal durante la reforma del Poder Judicial hecha por los militares en 1965 cuando el gobierno aumentó a 16 el número de magistrados para obtener la mayoría en la corte sin necesidad de revocar los jueces nombrados antes del golpe militar de 1964. Tal situación cambió cuatro años después con el Acto Institucional n. 5/1968 que permitió la revocación de los tres magistrados remanentes del período democrático permitiendo que el año siguiente la Corte volviera al número original de jueces.

El artículo 102 de la Constitución de 1988 presenta una extensa lista de competencias del Supremo Tribunal Federal. Además, como he dicho, la propia Corte ha ampliado estos límites a través de la interpretación expansiva de sus atribuciones. Para Oscar Vilhena Vieira la singular expansión acentuada de las funciones de la Corte hizo que los poderes político-constitucionales hoy vivan bajo una “Supremocracia” (Vieira 2008, pp. 441-463). Él señala cuatro tipo de funciones asumidas por la Corte:

- 1) *tribunal constitucional*: con la misión de apreciar la constitucionalidad de leyes y actos del poder público, además de ser el árbitro último de los grandes conflictos institucionales actuando de esta forma como una especie de poder moderador;
- 2) *corte especializada* en justicia criminal para altas autoridades²²;
- 3) *foro de pequeñas causas políticas*: en general conflictos internos del parlamento, apreciación del proceso de extradición y certificación de sentencias extranjeras, pero también *habeas corpus*, mandados de seguridad y otras acciones, a depender del *status* del demandado, y
- 4) *tribunal de apelación o última instancia judicial*: lo que se explica por la manutención del sistema difuso de control de constitucionalidad (esta es la competencia que exige el mayor esfuerzo del Tribunal en términos de número de procesos).

Muchos son los agentes institucionales legitimados para dar inicio a una acción directa de inconstitucionalidad en la Corte, pero apenas cinco clases tienen participación relevante: el Fiscal General del Estado, los gobernadores de Estado, los partidos políticos con representación en el Congreso, el Consejo Federal de la Asociación de Abogados de Brasil y las asociaciones profesionales de clase (sindicatos de empleados, de patronos, de funcionarios públicos y asociaciones de profesionales liberales) . Los otros legitimados (el

²¹ Hay dos proyectos de enmienda constitucional para transformar la Corte en un auténtico Tribunal Constitucional, con el establecimiento de mandatos temporales para los jueces. El primer es del diputado Flávio Dino, PEC n. 342/2009, que fija el mandato en 11 años, sin renovación, y cambia el proceso de nombramiento; el otro es de la diputada Luísa Erundina, PEC 275/2013, que aumenta para 15 el número de jueces y también cambia el modo de nombramiento con objetivo de componer una Corte más plural.

²² En un levantamiento hecho por el autor, había más de 250 denuncias contra parlamentares aguardando manifestación del Supremo Tribunal Federal.

Presidente; la comisión del Senado; la comisión de la Cámara de los Diputados y las comisiones de las Asambleas Legislativas de los Estados) no tienen participación relevante en este tipo de control.

Para las entidades de clase, la Corte requiere la demostración de la relación de relevancia temática entre el estatuto de la entidad y el tema de la acción de inconstitucionalidad. Esto limita en exceso la posible contribución de estos legitimados al control concentrado ya que en Brasil este tipo de revisión judicial a menudo está asociada a la fiscalización normativa abstracta para la evaluación de la constitucionalidad independiente de cualquier interés concreto. El Supremo²³ confirmó el requisito de relevancia temática también para los gobernadores y las mesas de las Asambleas Legislativas de los Estados, es decir, que la ley o acto impugnado debe afectar jurídicamente a la unidad de la federación. Los partidos políticos tienen amplia legitimidad y, a diferencia de otros países²⁴, basta con que tenga representación en el Congreso²⁵, aunque sea singular. Este entendimiento se ajusta a la comprensión de que la pluralidad de partidos aumenta la protección de las minorías a través de la jurisdicción constitucional.

3. LA PRÁCTICA DEL CONTROL CONCENTRADO POST-1988

El control concentrado de constitucionalidad se impone hoy en Brasil como el buque insignia de la jurisdicción constitucional, mientras que el control difuso absorbió las casi interminables demandas en masa. En este escenario, los jueces y tribunales estatales se transformaron cada vez más en certificadores de precedentes judiciales de los tribunales superiores y del STF.

Desde una perspectiva general, los datos empíricos de las sentencias de la Corte se vuelven relevantes cuando refutan las justificaciones de las reformas. Además también contradicen el discurso de la Corte cuando se presenta como el único intérprete del significado de la Constitución. Lo que pasa es que este discurso tiene un papel estratégico indiscutible en el juego institucional de la democracia brasileña.

A partir del análisis de estos datos, se puede decir que todo este movimiento de consolidación del poder en la cúspide del sistema judicial no ha dado los resultados prometidos. Bien sea cuando el problema se enfoca en términos cuantitativos, o cuando se observa en patrones cualitativos. Este es sin duda el diagnóstico confirmado por los datos que apoyan las conclusiones del estudio “*¿A quién le interesa el Control Concentrado de Constitucionalidad? El desajuste entre la teoría y la práctica en Defensa de los Derechos Fundamentales*” (Costa y Benvindo 2014).

La investigación examina unas 4.900 procesos de acciones directas de inconstitucionalidad entre 1988 y 2012, es decir, 94% de los procesos de control

²³ STF. ADI n. 902/SP, DJ22.4.1994.

²⁴ La Constitución española de 1978 (art. 162) exige el número de cincuenta diputados o cincuenta senadores para la presentación del recurso de inconstitucionalidad; el texto constitucional portugués de 1976 (art. 281) condiciona la demanda a la manifestación de 1/10 de los miembros de la Asamblea de la República. En Sudamérica, la Constitución de Chile (art. 82) establece el mínimo de 1/4 de diputados o senadores, mientras que en la Constitución de Perú (art. 203, N4) es exigido el porcentaje de 25% del número total de congresistas (Alcalá 2004, p. 212).

²⁵ STF. ADI n. 1096/RS, DJ 16.3.1995.

concentrado, y analiza todas las decisiones de procedencia²⁶, por considerar que son precisamente los casos en que la manifestación de la Corte es capaz de interferir con sus relaciones con otros poderes y la protección de los derechos y garantías contra las mayorías parlamentarias. La investigación revela una serie de inconsistencias entre el discurso legitimador del control de constitucionalidad y las prácticas judiciales asociadas a ella, además de desmitificar muchos de los diagnósticos comunes sobre la judicialización de la política y del activismo judicial en el país.

El análisis divide los legitimados en tres categorías de demandantes: 1) grande: responsables por más del 90% de la demanda total (Entidades Corporativas²⁷, gobernadores de los estados y del Distrito Federal, la Fiscalía y los partidos políticos); 2) de tamaño medio: con un 5% de las acciones (la OAB²⁸); y 3) pequeños: que en conjunto tienen alrededor del 1% (Asambleas Legislativas de los estados, el Congreso Nacional y el Presidente). La relevancia de cada uno de estos legitimados en el número global de procesos de control concentrado entre los años de 1989 y 2012 se puede observar en el Gráfico I del Anexo.

Las entidades corporativas forman el grupo con mayor número de acciones directas²⁹ sea en contra leyes federales o de los estados. Aunque se puede ver una amplia gama de asociaciones, se destaca el número de acciones en dos grandes subgrupos: las entidades corporativas de las profesiones jurídicas³⁰, como la Asociación de Magistrados de Brasil (125 acciones o 9%) y la Asociación Nacional de Miembros del Ministerio Público (38 acciones); y las grandes confederaciones de empresarios, la Confederación Nacional de Comercio (97 acciones o 7%) y la Confederación Nacional de la Industria (76 acciones o 5.5%).

Otro grupo muy importante de demandantes es constituido por los gobernadores³¹. La investigación pone de relieve el papel de ellos al desafiar las normas estatales, particularmente durante el gobierno del Presidente Cardoso, experimentando una reducción desde el 2003. Este grupo es el que más éxito ha tenido en la declaración de inconstitucionalidad de las normas de los Estados (42,5% de las decisiones origen del total de acciones directas - Gráfico III), incluso con la restricción de su legitimidad por el criterio de relevancia temática³².

²⁶ El número de las decisiones desestimadas en las acciones directas es aproximadamente 5 veces más baja que las decisiones de procedencia, lo que indica que, entre los procesos que reúnen todos los requisitos para ser juzgados, solo 1/6 de ellos son considerados improcedentes (Costa y Benvindo 2014, p. 52).

²⁷ Se incluyen en las asociaciones de clase y sindicatos con actuación en por lo menos en nueve Estados del país. STF ADI 3.617-AgR, rel. min. Cezar Peluso, *DJ* 25.5.2011; ADI 4.149, rel. min. Menezes Direito, *DJ* 30.9.2008.

²⁸ Orden de los Abogados de Brasil.

²⁹ Corresponden a 29,34% del número total (1.387 acciones). División por gobierno en el Gráfico II.

³⁰ La investigación muestra que el grupo de organizaciones que representan a los jueces y fiscales es el más importante, pero también registra un alto número de acciones de las asociaciones profesionales de la seguridad pública, especialmente los jefes de policía/ADEPOL (66 acciones o 4 8%) y los notarios y registradores de Brasil/ANOREG (60 acciones o 4,4%). Este hallazgo también se observa en el número desproporcionado de decisiones favorables a las corporaciones del sistema de justicia (Costa y Benvindo 2014, p. 68).

³¹ Entre los estados: Distrito Federal, Espírito Santo, Rio Grande do Sul, Santa Catarina y São Paulo mantienen el frente.

³² Probablemente, en función de esto, los gobernadores no pudieron anular ninguna ley federal, pese a que tenían actuación significativa en temas como defensa del erario contra pago de beneficios indebidos, y derechos fundamentales a nivel estatal (Costa y Benvindo 2014, p. 70).

La Oficina del Procurador General de la Fiscalía ocupa el tercer lugar en número de acciones directas de inconstitucionalidad enjuiciadas³³. Es la única entre los grandes legitimados cuya misión es la defensa de la ley y los derechos individuales y colectivos y que se encuentra institucionalmente divorciada de los intereses sectoriales (asociativos o partidarios). Es también la entidad que presenta más reclamaciones que impliquen la aplicación de los derechos fundamentales. Sin embargo, el papel de la Fiscalía en el control concentrado también ha dirigido mucho más atención al desafío de las reglas estatales en comparación con las federales (Gráfico IV). La investigación revela que la mayoría de sus acciones estimadas tienen que ver con los argumentos de competencia constitucional y el diseño institucional³⁴, fundamentos recurrentes en decisiones de procedencia del STF (Gomes 2015).

Los partidos políticos, que al igual que la Fiscalía y el Colegio de Abogados no están limitados por la pertinencia temática, se han destacado por cuestionar a las leyes federales que tienen relación con su propia organización y la disciplina de las elecciones. Estas demandas representan cerca de la mitad de las decisiones de las acciones propuestas por los partidos políticos. Como muestran los datos presentados³⁵, el comportamiento de los partidos litigantes sufre fuerte variación en función de su posición en el contexto político (como gobierno o de la oposición - Gráfico V), además de tener varias acciones en defensa de los diversos grupos de presión, como los servidores públicos y los jubilados, que representan un gran número de votantes.

Sobre el uso de control concentrado por los partidos políticos también es importante destacar el papel estratégico que proporciona una mayor visibilidad en la escena política, especialmente a los partidos de la oposición con pequeña representación en el Congreso. Pero representan muy poco para el rendimiento general de este grupo de legitimados. La observación detallada de estas acciones sugiere que las lecturas sobre la judicialización de la política que se centran en esta vía no encuentran apoyo en las decisiones de la Corte. Esta consideración es evidenciada sobre todo después de la vigencia de la Ley n. 9.868/99, que limita en gran medida las posibilidades de obtener una orden provisional para suspender normas aprobadas por el legislador o decretos del poder ejecutivo.

En cuanto a las acciones de inconstitucionalidad propuestas por la Orden de los Abogados de Brasil (OAB), la investigación confirmó que todas ellas están relacionadas con demandas judiciales en otras instancias. Muchas de ellas vinculadas a grupos de presión formados por grandes oficinas de abogados de reconocido prestigio en la defensa de sus clientes. La investigación señala una mayor tasa de éxito en las acciones que cuidan los intereses corporativos de la clase de abogados³⁶. Al igual que otras entidades

³³ En este punto, el informe destaca el período que va desde 2003 a 2007 y en que Cláudio Fonteles ocupó el cargo de Procurador-General, lo que provocó un crecimiento significativo en la participación del órgano.

³⁴ Cuando la atención se centra en las normas federales, la investigación muestra que el papel se hace más evidente entre los partidos políticos y entidades corporativas.

³⁵ Los datos muestran que solo tres ADI's presentadas por partidos están directamente relacionadas a la defensa de los derechos fundamentales: la ADI 1.946, del PSB sobre los derechos de las mujeres; ADI 1.969, en la que el PT cuestionó la limitación del derecho de reunión en el Congreso, y la ADI 4.125, interpuesta por el PSDB contra la ley del estado de Tocantins por autorizar la creación indiscriminada de cargos comisionados (Costa y Benvindo 2014, p. 71).

³⁶ En investigación empírica centrada sólo en las acciones directas de la OAB entre 1988 y julio de 2012 (Carvalho Neto et. al. 2014, pp. 69-98) se ha mostrado que entre todas las decisiones fondo estimatorias o parcialmente estimatorias (34), la mayor parte (20) tienen como objeto intereses corporativos, mientras 14 están relacionadas a cuestiones de interés público (que no se confunden con los derechos fundamentales,

corporativas, el rendimiento de OAB no está relacionado con la defensa más amplia de los intereses individuales y colectivos³⁷.

4. TENSIONES ENTRE EL DISCURSO DE LEGITIMACIÓN Y LA PROTECCIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Existen muchas posibilidades para analizar los datos empíricos sobre las decisiones del STF, en particular en relación a la labor de los legitimados para la promoción de acciones directas (art. 103, CF). Sin embargo, para la evaluación que aquí se propone dos puntos son dignos de mención: 1) el entendimiento jurisprudencial restrictivo acerca de la legitimación activa para demandar ante el STF (pertinencia temática) ha privilegiado un tipo de control que hace fundamentalmente la protección de los intereses específicamente institucionales y corporativos; 2) entre las razones dadas por la Corte cuando ha declarado la inconstitucionalidad existe un fuerte predominio de las cuestiones formales o de organización estatal (sistema federal). En ambos casos, se observa que la cuestión de los derechos fundamentales aparece tangencialmente³⁸ y por lo general se refiere a garantizar los intereses corporativos de carreras públicas o grupos económicos.

En términos generales, los datos muestran que la defensa de la forma federal de Estado, y con particular preeminencia garantizar la prevalencia de la potestad de la Unión, ocupa un lugar muy importante en los juicios de inconstitucionalidad. Todas estas decisiones suman casi el 20% de todas las decisiones de la Corte, colocándola como la institución clave en el mantenimiento del poder central. Los derechos fundamentales motivaron sólo 72 decisiones procedentes en acciones directas³⁹, un número muy por debajo de lo esperado cuando es observado en el contexto general de sentencias y el discurso constitucional predominante en la doctrina brasileña⁴⁰. Además, no se puede dejar de destacar que muchas de las decisiones mantienen el foco en cuestiones formales entre otros temas concurrentes. Esto revela una dimensión menor de los derechos fundamentales en el control concentrado de la que se suele leer en el discurso del STF.

El hecho es que la reducción de la demanda, la mejora de la seguridad jurídica y el aumento de la protección efectiva de los derechos fundamentales, los elementos básicos del discurso para justificar la creación y expansión de control concentrado, están distantes

aunque estos puedan estar incluidos en aquellos). Aunque de acuerdo con la misma investigación, a cada tres demandas de la OAB dos tienen que ver con el interés público.

³⁷ Excepto por el ADI 1.719, *DJ* 03.8.2007, en la que el Tribunal ha decidido por la interpretación conforme a la constitución del artículo 90, de la Ley n. 9.099/95, para que las normas de derecho penal se interpreten más favorables a los acusados.

³⁸ Esta observación hace posible la diferenciación de los temas abordados en el control concentrado, en materias referidas a los derechos fundamentales y la estructura básica del Estado, de carácter básico y funcional (esto es, la política cotidiana, las disputas sobre posiciones de poder, demandas sectoriales y corporativas), con un fuerte predominio numérico de estas últimas (Sunfeld y Pinto 2012, p. 47-51).

³⁹ La comparación entre el número de decisiones sobre derechos fundamentales frente a los demás argumentos, a partir de las acciones de todos los legitimados, se puede ver en el Gráfico VI.

⁴⁰ Esta es la evaluación hecha por el Ministro del STF, Gilmar Mendes, que hace la defensa del modelo concentrado tanto en sus manifestaciones en el Tribunal como en sus obras doctrinales. Pero, a pesar de la importancia del fenómeno para el diseño institucional de la justicia constitucional de Brasil, con fuerte impacto sobre el acceso a la justicia y la defensa de los derechos fundamentales, hay un hueco en la doctrina nacional para evaluar con datos este movimiento, lo que es confirmado por la reproducción sin crítica de la jurisprudencia, como ha sido demostrado por Benvindo (2011, p. 85).

de la forma en la cual se ha visto dicho control concentrado en la práctica. Como se indica en la conclusión de la investigación: “Hay poca ventaja para enfocar los esfuerzos legislativos, administrativos y jurisprudenciales en el logro de una mayor eficiencia cuando el problema fundamental del sistema de control concentrado son las formas perversas de selectividad que él ha creado” (Costa y Benvindo 2014, p. 80).

La observación contrastando los efectos del control concentrado y la justificación de los discursos que justificaron la serie de reformas del perfil de justicia constitucional brasileña sugiere dos sesgos analíticos: el primero muestra cómo es incongruente la suposición del legislador de que el sistema judicial funciona tanto mejor cuanto más capacidades tenga la Corte Suprema de estandarizar, de manera vinculante, el sistema jurídico brasileño; el segundo apunta a un factor más preocupante, que la Corte mantiene una autocomprensión de su papel como única intérprete de la Constitución. En esta interpretación es legítimo desempeñar el papel de super-agente institucional responsable de decidir entre las opciones políticas complejas en juego en la democracia brasileña.

Algunas consideraciones son necesarias respecto de la opción del legislador de ampliar el grado de participación de la Corte en la dinámica política e institucional mediante la creación de más instrumentos de control constitucional. A diferencia de lo que sugiere la literatura⁴¹ sobre la relación entre el fortalecimiento de la revisión judicial y la polarización o fragmentación política entre el gobierno y la oposición durante procesos constituyentes, el diseño institucional de la Corte Suprema, así como de otras instituciones judiciales y del ministerio público, no fueron destacados por el riesgo o incertidumbre en el trabajo de la Asamblea Constituyente de 1987-1988. Aunque el constituyente se ha basado en una amplia participación de la sociedad civil, la redacción de la Constitución tuvo que adaptarse a una serie de acuerdos que no reflejaban las diferentes opiniones políticas sobre la sociedad brasileña. Este aspecto se ha vuelto más evidente después de la reforma de los estatutos de la Asamblea y la formación del bloque conservador llamado “Centrão”⁴² que agregó siglas partidistas distintas y jugó papel decisivo en la formación de consenso que se convirtió en la redacción del texto de la Constitución.

En Brasil, como se puede ver, hubo un fortalecimiento significativo de los canales institucionales vinculados a la revisión judicial, sin que esta decisión parlamentaria haya derivado de la inseguridad compartida por los políticos a cargo de la redacción de la nueva constitución. Aunque no se pueda descartar la existencia de un cierto grado de riesgo en cuanto a la prevalencia del grupo político del gobierno en las futuras disputas electorales⁴³, este elemento no se reflejó en las elecciones constituyentes que resultaron en la expansión de las garantías de acceso a la Corte Suprema.

⁴¹ Nesse sentido: Pozas-Loyo y Ríos-Figueroa (2010, pp. 293-311) y Stone-Sweet (2002, p. 81).

⁴² La prevalencia del PMDB, que tenía 303 diputados en las elecciones de 1986 (54,02% de los constituyentes) contra 35 del PFL (24,15%), hizo con que el PMDB monopolizase el proceso de toma de decisiones, dominando todos los comités temáticos (contrario al sentido del principio de proporcionalidad enunciado en el Reglamento de la ANC). Sin embargo, la heterogeneidad del punto de vista ideológico y el desgaste entre peemedebistas constituyentes durante el proceso, más allá de la insatisfacción de parlamentarios (constituyentes) con posiciones dichas progresistas aprobadas en los comités, que eran difícilmente modificables en el pleno, allanaron el camino para la coalición de bloqueo conocida como “Centrão”, que incluyó 43 constituyentes del PMDB y causó el cambio en el Reglamento de la constituyente (Gomes 2006, p. 206).

⁴³ Los debates sobre la duración del mandato presidencial, entre ellos del propio gobierno de Sarney (4, 5 o 6 años) y del sistema de gobierno (presidencialismo mantenido, con la realización de referéndum después de cinco años), son ejemplos de que el gobierno (PMDB) tuvo que negociar las condiciones de ejercicio de su poder.

Este hallazgo puede sugerir que tal refuerzo se habría producido a causa de la acción de grupos de interés (especialmente los abogados y juristas) para presionar a la Subcomisión responsable⁴⁴. O aun sobre la estrategia de los parlamentarios en desplazar los difíciles debates políticos sobre cuestiones morales y que implican tomar posiciones incómodas frente a su propio electorado, para la futura deliberación de la Corte. Aunque la investigación de ambos casos escape al objeto de este trabajo, la indicación de estas posibilidades es un elemento relevante para reflexionar sobre las causas de la expansión de los mecanismos de acceso de la clase política a la jurisdicción concentrada de la Corte Suprema.

La observación sobre las decisiones de la Corte acerca de la expansión de su papel político se hace más relevante para este trabajo porque pone en evidencia el bloqueo de la aplicación de los derechos fundamentales. Esto se debe a que, en contra de la necesidad de un examen de las características fácticas que requieren los casos que involucran derechos fundamentales, ese modelo de revisión judicial favorece a la formación de decisiones que suponen patrones normativos como juicios generalizables. De esta forma, se puede seguir ignorando los diferentes niveles de complejidad en torno a la consecución de dichos derechos. Un modelo que incorpora la evaluación a priori de los conflictos de una sociedad desigual reduce la dimensión del lenguaje de los derechos a una cuestión de la aplicación de un método reputado por la Corte como racional.

La proyección que la Corte realiza sobre si misma de intérprete que tiene el monopolio exclusivo de la última palabra sobre el significado de la Constitución⁴⁵ cierra posibilidades de la comprensión de las diferentes dimensiones de los derechos fundamentales. En particular, el hecho de que la formulación del significado propio de estos derechos es el producto de la participación de sus destinatarios. Este cierre sobre la propia deliberación es especialmente problemático cuando parece que la Corte ha consolidado una jurisprudencia sobre el control concentrado que prohíbe la discusión de *hechos concretos*⁴⁶, ya que la naturaleza del proceso objetivo establecido por la acción directa *dispensa a las partes*⁴⁷, en el sentido subjetivo de la relación jurídica en discusión.

En conjunto, estas dos dimensiones poco discutidas en la jurisdicción constitucional concentrada, las situaciones de hecho y los factores subjetivos (la relación entre el juez y

⁴⁴ Al menos con respecto al aumento del número de actores legitimados a proponer las acciones directas se puede decir que la iniciativa no nació de la reivindicación popular. En ruta inversa, hubo presiones para no convertir el Tribunal Supremo en el Tribunal Constitucional o la creación de una Corte en los moldes europeos. En una entrevista concedida al investigador Ernani Carvalho, Plinio de Arruda Sampaio (ponente del Subcomité para el poder judicial y la fiscalía), en referencia a las conversaciones con los Ministros de la Corte Suprema dijo lo siguiente: “Na comissão, o grande lobby, a grande dificuldade que eu tive aqui foi o pessoal que estava ligado ao Supremo. O Supremo não queria isso (um Tribunal Constitucional), ele queria essa coisa mista que saiu, que eu acho que foi uma pena, eu fui derrotado nisso (...) Com o artigo 103 (legitimados) eles não criaram o menor problema eles estavam interessados era nisso (arts 101 e 102). Uma vez que eles ganharam o que eles queriam eles não fizeram nenhuma força, então isso passou sem muita dificuldade (...) Eu, na verdade, não verifiquei nenhuma pressão para restringir e nenhuma pressão para pôr. Isso na verdade foi fruto dos acadêmicos que me assessoraram com as novas teorias da constitucionalidade, não houve uma pressão popular por isso, nem uma contra-pressão política por isso” (Carvalho Neto 2007, pp. 310).

⁴⁵ Sobre el uso problemático de este discurso en la argumentación del STF: CARVALHO, 2013, pp. 16389-16411.

⁴⁶ STF. ADI-MC 1946/DF, rel. min. Ilmar Galvão, *DJ*29.04.1999.

⁴⁷ STF. AC 349/MT, rel. min. Carlos Britto, *DJ*23.09.2005; ADI-MC 1354/DF, rel. min. Maurício Córrea, *DJ*25.05.2001 e Arguição de Suspeição n° 37, rel. min. Gilmar Mendes, *DJ*04.03.2009.

los litigios) tienen un poder explicativo significativo para describir los problemas de acceso a la justicia en el país, además de ayudar a observar cuales son los criterios de selectividad involucrados en la práctica institucional de la Corte Suprema. Las dos dimensiones mencionadas ponen en evidencia a las principales fallas de un modelo abstracto y concentrado del uso del lenguaje jurídico que se describe a si mismo como un promotor de los derechos fundamentales cuando realmente lo que genera son consecuencias políticas desiguales para la sociedad brasileña.

Así demuestran los datos recogidos acerca de la concentración de la justicia constitucional en la Suprema Corte. Efectivamente, a nivel empírico lo que se ha demostrado es que este modelo mantiene un estándar que se guía por la tendencia de mantener un espacio privilegiado para la defensa de los intereses de entidades vinculadas al sector público y algunas profesiones jurídicas. En particular, además del enfoque eminentemente organizativo del Estado, este modelo apoya el análisis del papel de la Corte como de un gerente de la burocracia estatal y sus relaciones internas con las estructuras de poder político más que con la atención y solución de los conflictos entre personas o entre estas y el Estado.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Desde 1965 se ha profundizado la concentración de competencias jurisdiccionales en el STF. La Constitución de 1988 amplió la lista de los agentes legítimos para presentar una acción de constitucionalidad de la ley federal o estatal o acto normativo ante el Tribunal, tarea que hasta entonces se había confiado exclusivamente al Procurador General. Además, otros instrumentos se han establecido con el fin de orientar el ejercicio de revisión judicial por medios directos, tales como la acción declarativa de constitucionalidad y la acción de violación a precepto fundamental. Otros instrumentos se han establecido para la observancia de los derechos fundamentales contra las omisiones de los poderes establecidos en la regulación del ejercicio, tales como autos de medidas cautelares y la acción directa de inconstitucionalidad por omisión. Por último, se han establecido instrumentos para preservar la jurisdicción y la autoridad de las decisiones de la Corte por vía incidental, tal como la reclamación constitucional.

Los análisis indican el gran impacto de las medidas legislativas y jurisprudenciales que introdujeron elementos de selectividad, limitando el acceso a la jurisdicción constitucional, en especial en el contexto del control difuso. Por lo tanto, la información muestra que pese al discurso de la racionalidad, las sucesivas reformas han seguido el mismo camino, y no hay evidencia para sugerir que el aumento de la concentración sea una herramienta adecuada para enfrentar la sobrecarga que impide la realización de los derechos. Lo que se produce es un mejoramiento de la eficiencia de la Corte disminuyendo el número de procesos enjuiciados. En este texto, he centrado mi atención en describir este movimiento y comprender el aspecto institucional de la actuación de los sujetos legitimados, sin evaluar el mérito de las decisiones. El objetivo fue, por lo tanto, llamar la atención sobre este fenómeno de expansión de los poderes de la Corte en el escenario político brasileño.

El fracaso de las medidas de centralización del control judicial, es relevante para un análisis más cuidadoso de los procedimientos judiciales, cuya progresiva concentración y abstracción de las decisiones del STF no se pueden tomar como naturales. Las diversas

reformas emprendidas en los últimos cincuenta años en el sistema de control de constitucionalidad, aunque fueron evidentemente justificadas por un discurso de la mejora de la eficiencia, no lograron reducir la carga de la Corte ni ampliar la defensa de los derechos.

Por otro lado, debemos evaluar críticamente tanto el significado de este camino hacia el modelo concentrado como los argumentos que sobre los cuales se ha justificado. A partir del análisis de datos y del discurso que motivó la construcción del complejo sistema de revisión judicial que existe hoy, es razonable considerar que fue construido un "castillo de arena" de la seguridad jurídica y economía procesal. En este escenario, los debates sobre las iniciativas de reforma del perfil de la Corte, así como la función misma de la justicia constitucional en el país, no pueden dejar de lado una evaluación institucional del comportamiento del STF en las últimas décadas, el cual se ha caracterizado por una amplia vinculación normativa de hechos valorados bajo su estricto racionalismo autorreferente, pero el resultado ha sido insuficiente para aumentar la eficiencia de la justicia constitucional.

Las características más llamativas del control concentrado que está funcionando en Brasil exigen una reflexión más detallada sobre sus presupuestos: la economía procesal y la seguridad jurídica, abriendo espacio para cuestionar la justificación de la expansión de la jurisdicción STF a la clase política. Esta es una consideración que incluso sugiere la investigación sobre la utilidad de la revisión judicial del modelo centralizado para la protección de los derechos fundamentales, cuando las evidencias de su uso muestran que éste se ajusta mucho más a regular las relaciones entre los órganos y las funciones del Estado que a hacer cumplir las garantías de los ciudadanos. Es fundamental hacer hincapié en que la validez del discurso dogmático del derecho en una democracia constitucional no puede prescindir de la verificación de su eficacia en el nivel práctico. De otro modo se corre el riesgo de convertirlo en un espacio vacío de significado social. Por lo tanto, la evaluación de las instituciones jurídicas a partir de la observación analítica de datos empíricos es una herramienta fundamental para revelar cómo esas instituciones han surtido efecto.

Después de numerosas reformas constitucionales y legislativas, lo que hemos visto es el agotamiento del discurso que busca mejorar los mecanismos procesales disponibles para el STF y expandir los efectos de sus decisiones, como los medios más adecuados para aumentar la eficiencia de la justicia como garante de la seguridad jurídica. Este argumento, que se utiliza sobre todo en la justificación de la concentración y vinculación, señala que se necesita una Corte más eficiente por lo que realmente puede darse cuenta de su función constitucional, que está a menudo relacionada con el control concentrado y el control abstracto de normas. La profundización de esta tendencia en conflicto con la creciente complejidad de las demandas interpuestas por los ciudadanos podría aún ser una advertencia que pone en duda también la construcción de la autonomía como base del constitucionalismo democrático.

Sin embargo, el continuo aumento de casos en el control difuso certifica que las medidas de concentración no han mejorado la protección legal, ya que los ciudadanos todavía tienen que acercarse a la Corte para que tengan reconocidos sus derechos fundamentales. Por otra parte, según la investigación coordinada por Alexandre Costa y Juliano Benvindo (2014), la mayoría de las decisiones dictadas por vía de control concentrado después de 1988 no se dirige a la tutela de los derechos subjetivos, sólo a la resolución de conflictos o la protección de las prerrogativas de grupos. Una especie de

instrumentalización del control por corporaciones que se asocian al ejercicio del poder, aunque no sometidas a la separación funcional de los poderes del Estado.

Una evaluación consistente del modelo brasileño de justicia constitucional debe tomar en cuenta el costo democrático de tener una institución de carácter contramayoritario, encargada de la protección de los derechos de las minorías como condición para mantener sus propias reglas de juego, cuya excesiva concentración de poderes (especialmente a través de decisiones abstractas y vinculantes) afectan no sólo su propio desempeño, sino también tiene el potencial de restringir las iniciativas democráticas de la construcción del significado de tales derechos o dificultarles la obtención por otros medios, que no sea judicial.

Por último, una información importante: la oportunidad que se abre a partir del análisis de los datos empíricos reunidos en la investigación “A quién le interesa el control concentrado de constitucionalidad?” puede aportar a la construcción de un modelo que además de ser capaz de reducir la complejidad y dar respuestas, no establezca más mecanismos de cristalización jurisprudencial sin sintonía con la realidad. Después de todo, la jurisdicción brasileña no necesita de la superposición de una razón guiada por la convergencia entre el pragmatismo en la reducción de la carga de trabajo y el interés exclusivo sobre las cuestiones corporativas, lo que haría aún más escasas las posibilidades de realización de los derechos fundamentales en situaciones concretas.

Referencias

- Alcalá, H. N., 2004. La Legitimación Activa en los Procedimientos ante los Tribunales Constitucionales de América del Sur. *Revista Ius et Praxis*, 10 (2), 197 - 223.
- Arantes, R. B., 2002. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: EDUC; Sumaré.
- Benvindo, J. Z., 2011. *On the Limits of Constitutional Adjudication*. Heidelberg; New York: Springer.
- Bercovivi, G. & Lima, M., 2013. Separação de poderes e a constitucionalidade da PEC Nº 33/2011. *Revista Pensar*, 18 (3), 785-801.
- Brasil. Conselho Nacional de Justiça, 2011. *Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira*. Brasília. Disponible en: <http://goo.gl/KUBEZI> (06.05.2015).
- Carvalho, A., 2012. *Efeito Vinculante e concentração da jurisdição constitucional no Brasil*. Brasília: Consulex.
- Carvalho, A., 2013. Última Palavra ou Primeira Incompreensão? Notas sobre imparcialidade judicial a partir de um julgado do STF. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, 2 (14), 16389-16411.
- Carvalho, A. & Borges, E., 2013. *O código da vez?* Texto disponible en: <http://goo.gl/k0jLNT> (21.08.2014).

- Carvalho Neto, E. R., 2007. A Ampliação dos Legitimados na Constituinte de 1988: revisão judicial e judicialização da política. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 96, 293-325.
- Carvalho Neto, E. R., Barbosa, L. & Neto, J. M., 2014. OAB e as prerrogativas atípicas na arena política da revisão judicial. *Direito GV*, 10 (1), 69-98.
- Comella, V. F., 2009. *Constitutional Courts and Democratic Values: a european perspective*. New Heaven: Yale University Press.
- Costa, A. & Benvindo, J., 2014. *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541.
- Dippel, H., 2007. *História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian.
- Faria, J. E., 2006. “A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão.” Jurisdição e direitos fundamentais. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul - AJURIS*; coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 15-48.
- Filho, R. F., 2007. Poder Judiciário: Os riscos de uma agenda quantitativa. En: Coutinho, Morais & Streck, orgs., *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 363-464.
- Galindo, B., 2009. Princípio da Legalidade Oblíqua e Súmula Vinculante: a atuação legislativa da jurisdição constitucional nos 20 anos da Constituição de 1988. En: Brandão, Cavalcanti & Adeodato, orgs., *Princípio da Legalidade: da dogmática à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense.
- Gomes, K. de O., 2015. *Em defesa da sociedade? Atuação da procuradoria geral da república em controle concentrado de constitucionalidade (1988-2012)*. (Tesis de maestría). Universidade de Brasília, Brasília.
- Gomes, S., 2006. O Impacto das Regras de Organização do Processo Legislativo no Comportamento dos Parlamentares: um estudo de caso da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988). *Dados. Revista de Ciências Sociais*, 49 (1), 193 a 224.
- Habermas, J., 2012. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- Khan, P., 2001. *El análisis cultural del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Kucsko-Stadlmayer, G., 2012. *Constitutional Review in Austria*. Disponível em (Abril 22, 2014): <http://193.226.121.81/events/conferinta/kucsko.pdf>
- Koerner, A. & Freitas, L., 2013. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, 88, 141-184.

- Mendes, G., 1992. O apelo ao legislador - Appellentscheidung - na prática da Corte Constitucional Federal alemã. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal.
- Neves, M., 2013. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes.
- Pozas-Loyo, A. & Ríos-Figueroa, J., 2010. Enacting Constitutionalism: The Origins of Independent Judicial Institutions in Latin America. *Comparative Politics*, 42 (3), 293-311.
- Sadek, M. T., 2010. A crise do judiciário vista pelos juizes: resultados de uma pesquisa quantitativa. En: *Uma introdução ao estudo da justiça*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 17-31.
- Salama, B. & Pinheiro, T., 2013. Citizens vs. Banks: Institutional Drivers of Financial Market Litigiousness in Brazil. En: *DIREITO GV Research Paper Series - Legal Studies*. Paper n. 72, 3-38.
- Sykes, G., 1969. Cases, Courts, and Cogestion. En: *Law in Culture and Society*. Berkley and Los Angeles: University of California Press, 327-336.
- Stone Sweet, A., 2002. Constitutional Courts and Parliamentary Democracy. *West European Politics*, 25 (1), 77-100.
- Sunfeld, C. A. & Pinto, H. M., 2012. Três Desafios para Melhorar a Jurisdição Constitucional Brasileira. *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros.
- Thompson Flores, C. E., 1986. A avocação de causas pelo STF: a advocatória. *Revista de Informação Legislativa*, 23 (89), 219-234.
- Vermeule, A., 2012. Contra *Nemo Iudex in Sua Causa*: the limits of impartiality. *Yale Law Journal*, 122, 384-420.
- Vieira, O. V., 2008. Supremocracia. *Revista Direito GV*, 4 (2), 441-464.

Anexo

(Derechos Fundamentales y la Evolución del Control de Constitucionalidad Concentrado en Brasil)

* Todos los gráficos utilizados en este Anexo fueran extraídos del Informe de la Investigación “A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade?” da Universidade de Brasília. Los datos están disponibles para consulta pública en el siguiente enlace - <http://goo.gl/5XJh5p>

Gráfico I - Procesos distribuidos por año y gobierno, divididos por demandantes

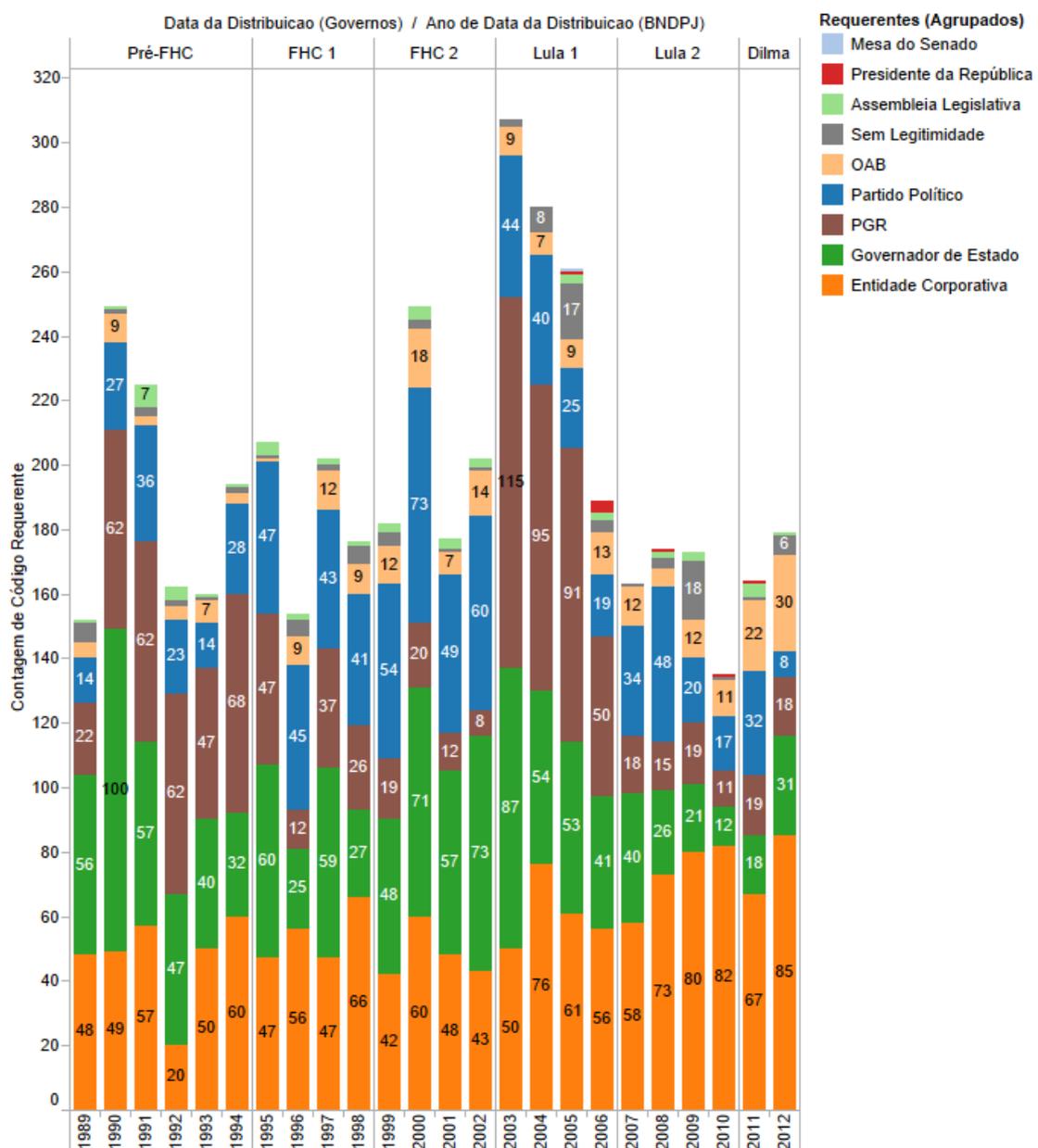


Gráfico II - Entidades Corporativas por Governo

(La primera tabla se refiere a las regulaciones federales, mientras que la segunda a las de los estados federados)

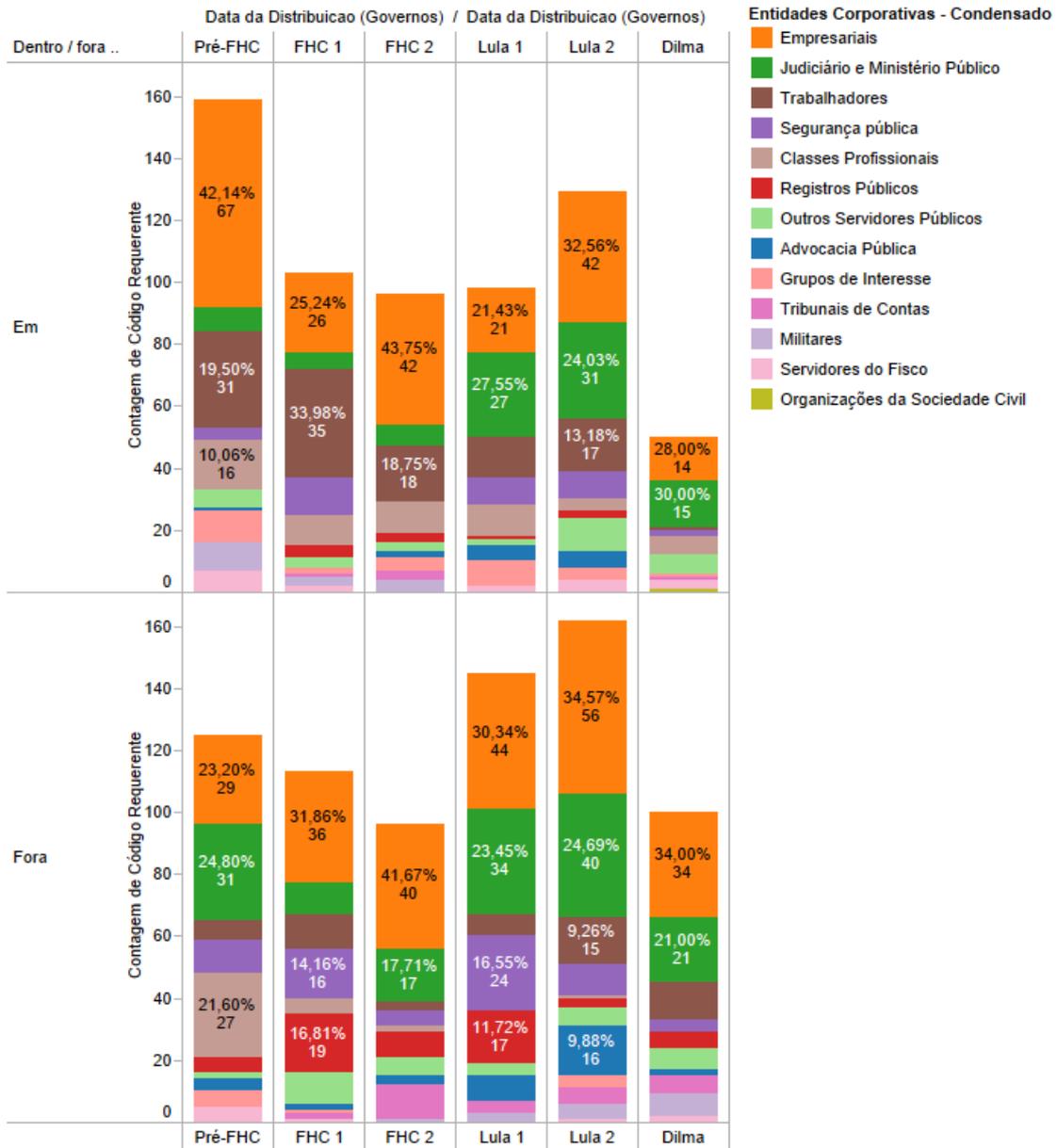


Gráfico III – Demandas de governadores de los Estados federados

(La primera tabla se refiere a las leyes e actos del propio Estado, la segunda a las de otros estados federados, mientras que la tercera a leyes e actos del gobierno central)

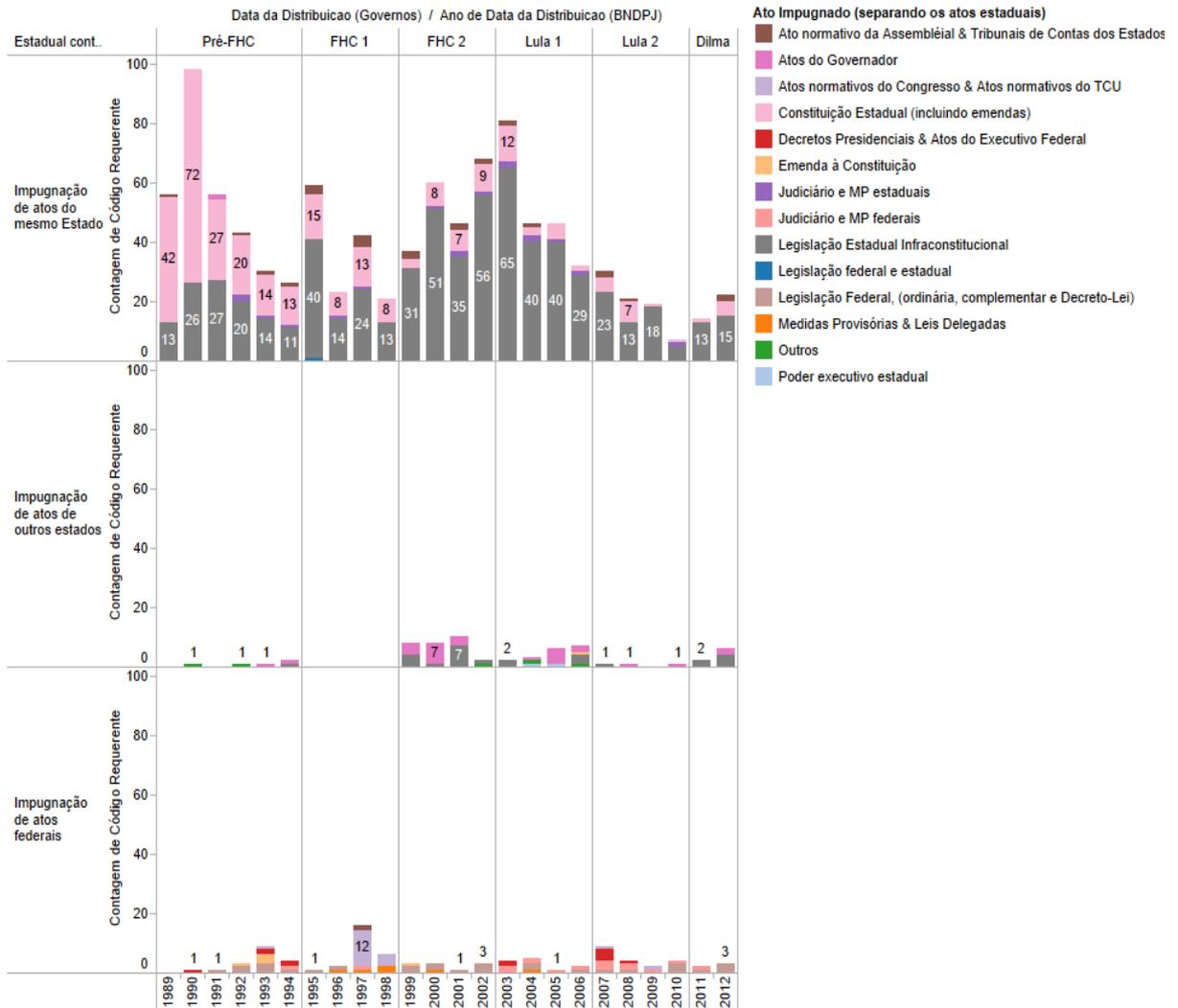


Gráfico IV – Demandas del Procurador General de la Fiscalía

(División por año y jefes de la Fiscalía)

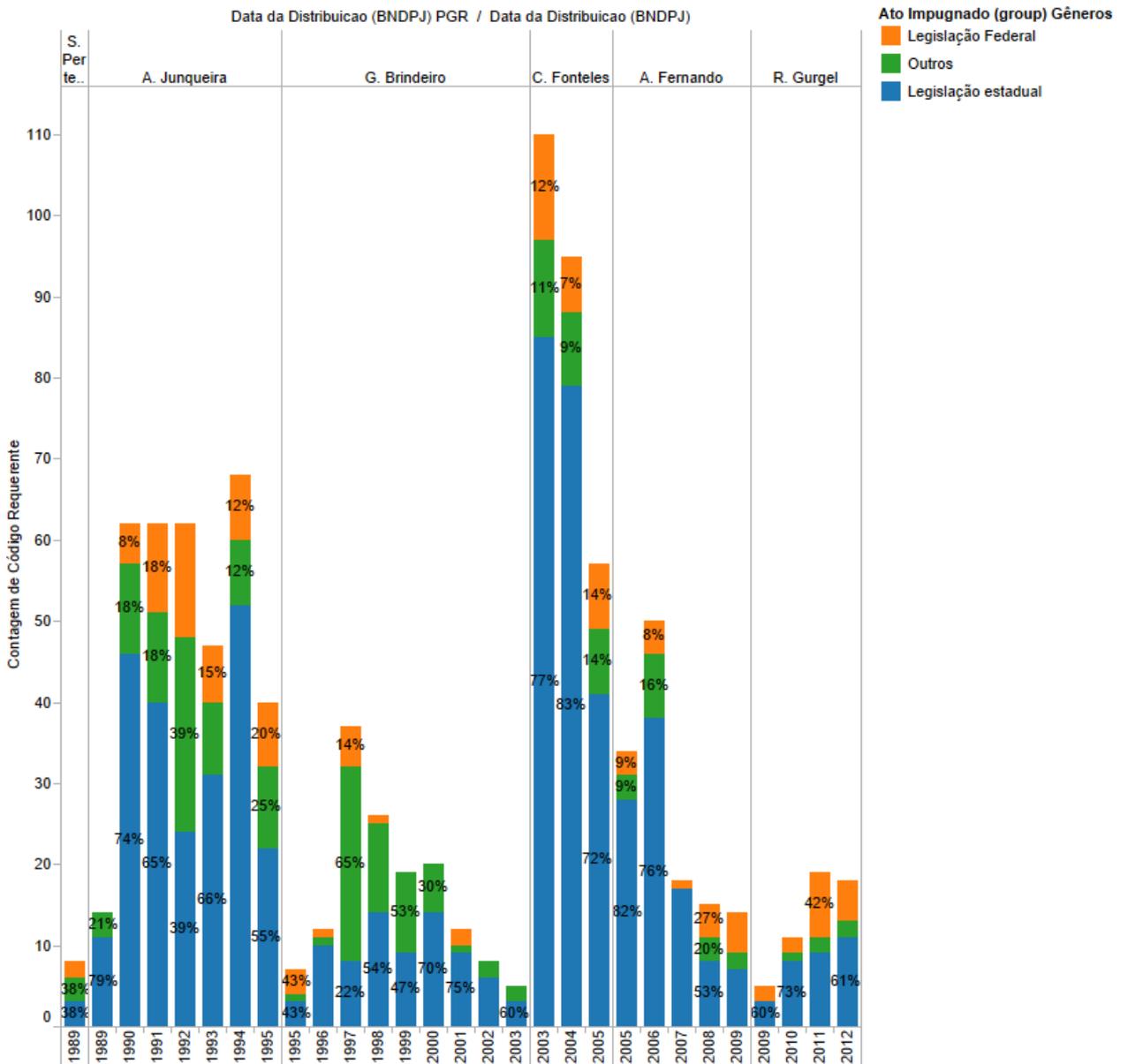


Gráfico V – Partidos Políticos por Governo

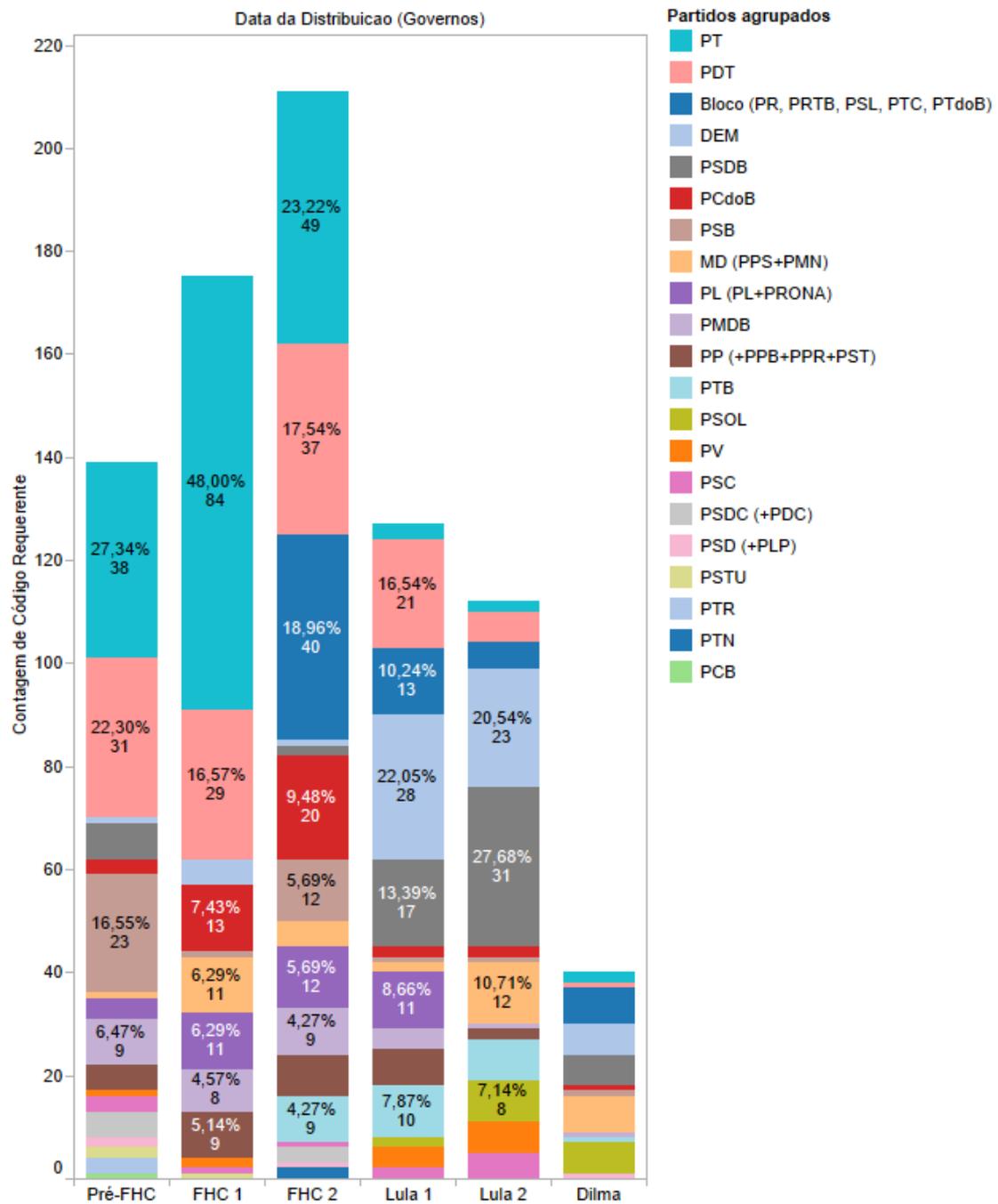


Gráfico VI – Decisões de procedência por demandante y fundamento

