

Diálogos institucionais e controle de constitucionalidade: caminhos para interpretação do inciso X do art. 52 da Constituição Federal

Institutional dialogues and constitutional review: paths for interpreting item X of article 52 of the Federal Constitution

Diálogos institucionales y control de constitucionalidad: caminos para la interpretación del inciso X del artículo 52 de la Constitución Federal

Bruno Dantas

Ministro do Tribunal de Contas da União. Doutor e mestre em direito pela PUC-SP. Possui pós-doutorado em direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Atualmente é *hauser senior global fellow from practice & government*, na Universidade de Nova Iorque. Realizou pesquisas como *visiting researcher* na Cardozo School of Law (Nova Iorque), *Post-doctoral scientific guest* do Max Planck Institute for Regulatory Procedural Law (Luxemburgo) em 2017 e pesquisador visitante no Institute de Recherche Juridique da Universidade de Paris 1 Panthéon-Sorbonne em 2019.

Guilherme Mazarello

Doutorando em direito constitucional pela Universidade de São Paulo. Mestre em direito constitucional pela Universidade de Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Mestre em direito processual pela UERJ. Bacharel em direito pela Universidade de Brasília, com período de mobilidade internacional na Universidade de Paris III Sorbonne-Nouvelle.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Premissa teórica: diálogos institucionais; 3. A tensão dialógica entre as instituições; 4. O art. 52, inciso X, da Constituição Federal, e a força do precedente no direito brasileiro; 5. O art. 52, inciso X, da Constituição Federal, como mecanismo de diálogo institucional; 6. Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo examina a interpretação do inciso X do art. 52 da Constituição Federal, que atribui ao Senado a competência para suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Analisa a evolução jurisprudencial do dispositivo, com ênfase na tese da mutação constitucional e na abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. O estudo é fundamentado na teoria dos diálogos institucionais, e explora as tensões entre os Poderes Judiciário e Legislativo. A pesquisa propõe uma abordagem dialógica para a interpretação do dispositivo citado, conferindo-lhe aptidão de técnica de diálogos institucionais entre Corte e Parlamento, na adoção de posturas minimalistas da jurisdição constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: diálogos institucionais; controle de constitucionalidade; art. 52, inciso X, da Constituição Federal; Senado Federal; Supremo Tribunal Federal; minimalismo.

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction; 2. Theoretical premise: institutional dialogues; 3. The dialogical tension between institutions; 4. Article 52, item X, of the Federal Constitution and the strength of precedents in Brazilian law; 5. Article 52, item X, of the Federal Constitution, as a mechanism for institutional dialogue; 6. Conclusion; References.

ABSTRACT: The article examines the interpretation of article 52, item X, of the Federal Constitution, which grants the Senate the power to suspend the enforcement of laws declared unconstitutional by the Supreme Federal Court. It analyzes the jurisprudential evolution of this provision, with an emphasis on the theory of constitutional mutation and the abstraction of diffuse judicial review. The study is based on the theory of institutional dialogues, exploring the tensions between the Judiciary and the Legislative branches. The research proposes a dialogical approach to the interpretation of the cited provision, framing it as a technique for institutional dialogues between the Court and Parliament, aimed at adopting minimalist stances in constitutional jurisdiction.

KEYWORDS: institutional dialogues; judicial review; article 52, item X, of the Federal Constitution; Federal Senate; Supreme Federal Court; minimalism.

CONTENIDO: 1. Introducción; 2. Premisa teórica: diálogos institucionales; 3. La tensión dialógica entre las instituciones; 4. El artículo 52, inciso X, de la Constitución Federal y la fuerza del precedente en el derecho brasileño; 5. El artículo 52, inciso X, de la Constitución Federal, como mecanismo de diálogo institucional; 6. Conclusión; Referencias.

RESUMEN: El artículo examina la interpretación del artículo 52, inciso X, de la Constitución Federal, que otorga al Senado la facultad de suspender la ejecución de leyes declaradas inconstitucionales por el Supremo Tribunal Federal. Analiza la evolución jurisprudencial de este dispositivo, con énfasis en la teoría de la mutación constitucional y la abstracción del control difuso de constitucionalidad. El estudio se basa en la teoría de los diálogos institucionales, explorando las tensiones entre el Poder Judicial y el Legislativo. La investigación propone un enfoque dialógico para la interpretación del dispositivo citado, otorgándole la aptitud de una técnica de diálogos institucionales entre la Corte y el Parlamento, con miras a la adopción de posturas minimalistas en la jurisdicción constitucional.

PALABRAS CLAVE: diálogos institucionales; control de constitucionalidad; artículo 52, inciso X, de la Constitución Federal; Senado Federal; Supremo Tribunal Federal; minimalismo.

1. Introdução

Pelo menos desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, a qual instituiu, dentre outras alterações, o regime da repercussão geral, persiste controvérsia doutrinária a respeito da interpretação a ser conferida ao inciso X do art. 52 da Constituição Federal. Referido dispositivo atribui ao Senado a competência privativa para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Isto é, conferiu ao Senado a faculdade de atribuir eficácia vinculante e efeito *erga omnes* a pronunciamentos que, na época da promulgação da Constituição, não seriam dotados de referidos conteúdos eficaciais. Críticos argumentam que esse modelo gera insegurança jurídica e morosidade procedimental, uma vez que a efetiva suspensão de norma inconstitucional depende de deliberação política do Senado.

Nos últimos anos, o dispositivo tem sido alvo de intensos debates, sobretudo em razão da tese da mutação constitucional, que propõe a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Este artigo revisa os principais entendimentos sobre o tema sob as perspectivas normativa, jurisprudencial e doutrinária.

O STF, ao longo dos anos, tem reinterpretado o dispositivo de modo a minimizar o papel do Senado Federal. No julgamento da Reclamação Constitucional 4.335/AC, os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau sustentaram que teria ocorrido mutação constitucional no art. 52, inciso X, que tornou desnecessária a edição de resolução pelo Senado para que decisões em controle difuso

produzissem efeitos *erga omnes*. Mais recentemente, esse entendimento foi fortalecido pelo julgamento da ADI3.406, no qual a maioria dos ministros reconheceu que o papel do Senado se restringiria à mera publicidade das decisões do STF e consolidou a abstrativização do controle difuso. O ministro Eros Grau, em harmonia com o voto apresentado pelo ministro Gilmar Mendes, compreendeu que se havia operado uma mutação constitucional.

Haveria, portanto, “una incongruencia entre la norma constitucional y la realidade constitucional” (Dau-Lin, 1998, p. 75), no sentido de que a norma extraída seria:

ao Senado Federal está atribuída competência para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo conteria força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional.

A doutrina apresenta visões divergentes sobre a mutação constitucional do art. 52, inciso X. Os defensores da mutação constitucional sustentam que a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil privilegia a eficácia imediata das decisões do STF, independentemente de ato do Senado. Argumentam ainda que o modelo tradicional gera insegurança jurídica e permite a sobrevivência de normas inconstitucionais, e que a valorização dos precedentes vinculantes das Cortes Superiores é tendência no ordenamento jurídico contemporâneo. Por outro lado, os críticos da mutação constitucional argumentam que a mudança de interpretação representa um desbordamento judicial que usurpa competências do Legislativo. Alegam que o art. 52, inciso X, foi concebido para assegurar harmonia entre os Poderes e permitir certo controle político sobre a suspensão de normas inconstitucionais. Também sustentam que a Constituição Federal já prevê mecanismos formais para alteração de normas, por meio de emendas constitucionais, não por mutações jurisprudenciais (Streck; Lima; Oliveira, 2007, p. 45-68; Carvalho Netto *apud* Oliveira, 2004; Pedron, 2015, p. 213-237; Pedron; Ommati; Soares, 2021, p. 205-221; Pedron, 2019).

A mutação constitucional do art. 52, inciso X, reflete um embate entre segurança jurídica e separação de Poderes. A jurisprudência do STF tem se inclinado para a abstrativização do controle difuso e reduzido o papel do Senado Federal. Contudo, essa tendência não é unânime na doutrina, que questiona a compatibilidade da mutação constitucional com o texto da Constituição de 1988. O debate continua aberto, e qualquer definição sobre o tema demandará

ou consolidação da jurisprudência do STF ou alteração formal da Constituição, por meio do processo legislativo adequado.

2. Premissa teórica: diálogos institucionais

Como reação à natureza desse discurso, nos Estados Unidos, sob a presidência do *Chief Justice* Warren, Alexander Bickel desenvolveu teoria sobre a utilização estratégica do poder de não decidir da Suprema Corte. Para Bickel, o silêncio sobre determinadas questões constitucionais é fundamental para se promover o debate na sociedade civil sobre o assunto, bem como para eventual tomada de decisão do Parlamento, que representa o povo (Bickel, 1962). Nas palavras de Bickel, tratar-se-ia do uso virtuoso do poder de não decidir.

Após esse trabalho seminal, foram efetuados vários estudos sobre a teoria dos diálogos constitucionais. A questão, antes limitada ao dualismo Parlamento *versus* Corte, muda de paradigma epistemológico. Sob a égide do paradigma dos diálogos institucionais ou diálogos constitucionais, as cortes não detêm o monopólio da interpretação constitucional, tampouco possuem a última palavra acerca da interpretação normativa da Constituição. Em miúdos, “existem mecanismos formais e informais de interação entre o poder judicial, os outros poderes e os agentes sociais que conferem ao processo de interpretação e aplicação da Constituição uma natureza política que não é tida em conta pelo conhecimento jurídico convencional” (Brandão, 2015, p. 4).

Nessa perspectiva, Roberto Gargarella destaca a tensão entre o constitucionalismo dialógico e o sistema clássico de freios e contrapesos descrito por Montesquieu e aperfeiçoado pelos *federalist papers* (Gargarella, 2013). Com efeito, a adoção de um paradigma dialógico de interpretação constitucional é capaz de gerar tensões entre as instituições e a sociedade civil, bem como tem aptidão para problematizar a concepção tradicional de democracia deliberativa (Dworkin, 1995, p. 2-11). Segundo Gargarella, um sistema constitucional baseado na ideia de constitucionalismo dialógico deve substituir o tradicional sistema de freios e contrapesos. Nessa concepção, os agentes sociais desempenham papel participativo na interpretação da Constituição por intermédio de mecanismos formais e informais de participação, o que permite o exercício de uma competência normativa também dos cidadãos (Rousseau, 2022, p. 75).

No entanto, esses estudos sobre diálogos constitucionais centram-se mais em controvérsias relacionadas à legitimidade das Cortes ou do Parlamento do que em uma análise concreta dos mecanismos que ampliam o debate. Em

miúdos, esses estudos tornaram-se um debate circunscrito à teoria constitucional, em detrimento de uma análise casuística das Cortes Constitucionais e dos instrumentos por meios dos quais esses diálogos são garantidos e, mais do que isso, capazes de dar respostas adequadas à resolução de problemas de direitos fundamentais.

Alguns trabalhos recentes abordam essa questão. Roberto Gargarella produziu breve comparação analítica entre os sistemas jurídicos do Canadá e dos Estados Unidos (Gargarella, 2013). No Brasil, Rodrigo Brandão publicou trabalho no qual compara os mecanismos de diálogo no Brasil e nos Estados Unidos (Brandão, 2015). Mais recentemente, Luiz Guilherme Marinoni dedicou obra ao tema, valendo-se igualmente das teorias dos diálogos constitucionais, em defesa de determinadas posturas decisórias de cortes, com evidente inspiração nas teorias minimalistas de Cass Sunstein (Marinoni, 2021).

Uma vez que a Corte Suprema não possui a última palavra, outras instituições e a sociedade civil podem reagir a quaisquer decisões da Corte com as quais discordam no que respeita à interpretação normativa da Constituição. A natureza empírica do constitucionalismo dialógico demonstra que essas interações existem naturalmente, mas por vezes não são estudadas como facetas de um mesmo fenômeno. É o caso, por exemplo, do efeito *backlash* do Parlamento. Como explica Rodrigo Brandão, “há mecanismos formais e informais de interação entre o Judiciário, os demais Poderes e agentes sociais que conferem uma natureza política ao processo de interpretação e aplicação da Constituição que não é capturada pelo conhecimento jurídico convencional” (Brandão, 2015, p. 4).

3. A tensão dialógica entre as instituições

As teorias dos diálogos constitucionais são consensuais quanto à existência de um impacto importante desse paradigma na interação entre as instituições e a separação de Poderes. Para alguns, o diálogo é produto necessário da separação de Poderes, como resultado do desenho institucional, não necessariamente da vontade dos Poderes em dialogar. Trata-se essencialmente de uma teoria empírica (Mendes, 2008; Bateup, 2006). A separação de Poderes não implica uma harmonia pacífica entre os Poderes, pois pode haver sobreposição entre si, seja pela obscuridade das zonas limítrofes entre os Poderes, seja porque criam voluntariamente áreas de disputa intrínsecas à organização do Poder. Efetivamente, a jurisdição constitucional “tem sido um veículo de modernização do conceito de separação de Poderes” (Roblot-Troizier, 2012, p. 92).

Essa zona de tensão dialógica pressupõe um embate pela definição do sentido normativo da Constituição. Manifesta-se, portanto, no bojo de um debate, excluído o uso de artifícios mobilizados com o fito de se constranger institucionalmente outro Poder. Rodrigo Brandão coloca luz, por exemplo, a determinados mecanismos tidos como reação do Parlamento às decisões judiciais as quais reputa incorretas. É a hipótese do controle por alteração do orçamento e salários de juízes e alteração de processo de nomeação, por exemplo (Brandão, 2022, p. 413); igualmente pode ser citado o *court packing* consistente na alteração da quantidade geral de magistrados na Corte com intenção subjacente de se impor um perfil ideológico na Corte.

Para outros, o constitucionalismo dialógico leva as teorias da separação de Poderes a serem repensadas. Roberto Gargarella sublinha a necessidade de certo equilíbrio entre os Poderes. Explica, por exemplo, a impossibilidade de o diálogo florescer em sistema político que concentra o poder nas mãos do Executivo, como seria o caso de alguns países da América Latina, que sofrem, segundo o autor, de certo presidencialismo hipertrofiado;⁵⁹ ou quando os parlamentos estão demasiado afastados da sociedade, o que denuncia falta de fidelidade da representação popular (Gargarella, 2013).

O caráter institucionalista das teorias dialógicas reside no fato de ultrapassarem a abordagem interpretativista que popularizou o debate sobre a legitimidade das Cortes. Anteriormente, a polêmica centrava-se nas diferentes concepções de interpretação constitucional, as chamadas teorias da decisão.⁶⁰ O diálogo, no entanto, reconhece a participação das Cortes como parte de um sistema institucional de organização dos Poderes. Os constitucionalismos dialógicos reconhecem não só que essas Cortes desempenham papel importante na definição de políticas (como já foi analisado), como também reconhecem o papel de outras instituições na interpretação constitucional, o que constitui golpe fatal à percepção de que o Poder judicial detém o monopólio da interpretação.

A separação de Poderes, pelo menos de acordo com a fórmula seminal desenvolvida por Montesquieu, está sujeita a várias concepções. É o caso do modelo proposto pelos federalistas, relativamente aos Estados Unidos, que partiam do princípio de que a natureza humana não é angelical nem adepta

59 Por vezes, os escritos de Gargarella sobre a América Latina padecem de tendência universalizadora generalista. Quanto à questão, tem razão Marcelo Leonardo Tavares, no sentido de que, no Brasil, se verifica um presidente fraco em uma presidência forte. (Tavares, 2017, p. 59-78).

60 Nos Estados Unidos, por exemplo, o debate sobre o interpretativismo e o não interpretativismo tem sido a pedra de toque da discussão sobre a legitimidade da Suprema Corte.

à consagração do bem comum pelos funcionários públicos. A separação de Poderes é necessária como mecanismo que evita a opressão mútua entre grupos (Gargarella, 2013, p. 11). Na realidade latino-americana, por outro lado, o modelo “purista” dos Estados Unidos deu lugar a uma visão corrupta, segundo Roberto Gargarella, com distribuição desigual de poder, especialmente com a centralização de poderes na figura do Executivo, o que teria criado um sistema fechado ao diálogo.⁶¹ No entanto, o constitucionalismo dialógico de Gargarella centra-se na interação entre os Poderes constituídos e na necessidade de se estabelecerem freios e contrapesos. Ignora a relação entre os Poderes e a sociedade civil, que é o ponto de partida do constitucionalismo dialógico proposto neste trabalho.

Uma vez que a Corte não possui a última palavra, outras instituições e a sociedade civil podem reagir a quaisquer decisões da Corte com as quais discordam no que respeita à interpretação normativa da Constituição. A natureza empírica do constitucionalismo dialógico demonstra que essas interações existem naturalmente, mas por vezes não são estudadas como facetas de um mesmo fenômeno. É o caso, por exemplo, do efeito *backlash* do Parlamento. Como explica Rodrigo Brandão, “há mecanismos formais e informais de interação entre o Judiciário, os demais Poderes e agentes sociais que conferem uma natureza política ao processo de interpretação e aplicação da Constituição que não é capturada pelo conhecimento jurídico convencional” (Brandão, 2015, p. 4).

Christine Bateup afirmou que a Corte Suprema só seria controlada se se afastasse demasiadamente das opiniões dos ramos políticos e de outras forças sociais. É até possível que, mesmo que a Corte se afaste objetivamente em direção à arena política, outros ramos políticos decidam não fazer nada, seja por inércia (Bateup, 2006, p. 1.139)⁶² ou por cálculo político.

No entanto, é de se notar que essas interações devem ser vistas como espaço de tensão permanente entre as instituições. À guisa de exemplo, Barry Friedman

61 “El sistema de frenos y contrapesos creado en el siglo 18, en cualquiera de sus dos versiones principales (ya sea en la versión más “pura” de los Estados Unidos, ya sea en la versión “desbalanceada” de América Latina) apareció desde entonces como un sistema poco favorable a la cooperación política y el diálogo. Más específicamente, el modelo en cuestión, antes que alentar la cooperación, buscaba contener la confrontación; antes que promover el diálogo, buscaba canalizar la agresión; antes que favorecer el aprendizaje y la ayuda mutua, buscaba impedir la destrucción de unos a otros” (Gargarella, 2013, p. 15).

62 “In these circumstances, the Court will only be checked if it steps too far out of line with the views of the political branches and other social forces. Additionally, it may not be checked at all if legislative inertia about a particular issue is too great, or if the political branches prefer the judiciary to maintain control over a particular issue. The result of this interactive process in which no branch dominates and in which constitutional meaning steadily forms is constitutional dialogue”.

observa que, no caso da Suprema Corte dos Estados Unidos, quando esta decide para além do que é considerado aceitável pelo Parlamento ou pelo povo, são-lhe impostas limitações políticas, como o efeito *backlash* ou a desaprovação popular. No constitucionalismo dialógico, essas interações passam a ser observadas como consequência natural da interação entre os Poderes, as instituições e a sociedade civil.

O reconhecimento dessa zona de tensão institucional é igualmente importante para definição do que é prescritivo ou descritivo nas teorias dialógicas. Luiz Guilherme Marinoni, em trabalhos dedicados ao tema, utiliza-se também das teorias dialógicas. Os escritos buscam referência tanto nos diálogos constitucionais quanto nas teorias do minimalismo judicial, que fará objeto de reflexões mais atentas na segunda parte deste trabalho. Contudo, verifica-se a utilização do dialogismo como argumento em defesa de certa postura mais comedida da Corte e para se fazer face à existência de uma suposta “ideologia” da supremacia judicial (Marinoni, 2023).⁶³

4. O art. 52, inciso X, da Constituição Federal e a força do precedente no direito brasileiro

A natureza da função das Cortes Superiores é fonte frutuosa de debates na doutrina brasileira. Insetos nessa fonte, Daniel Mitidiero (2018) e Luiz Guilherme Marinoni (2019, cap. 3) despontam como importantes defensores das Cortes Superiores, ditas de vértice, como Cortes Supremas incumbidas da função de interpretar (e pacificar a interpretação, na denominada função nomofilática) o direito constitucional (STF) e infraconstitucional (STJ), por intermédio da formação de precedentes – os quais seriam, para os autores, sempre dotados de força obrigatória (Mitidiero, 2018, p. 81).⁶⁴ Outra premissa consiste em se compreender que as Cortes Supremas são detentoras da última palavra (Mitidiero, 2018, p. 84).⁶⁵ Consectário natural dessa premissa reside na compreensão das Cortes Supremas como produtoras de precedentes dotados de força obrigatória.

63 É o que se extrai em diversas passagens de seus trabalhos dedicados ao tema, das quais vale mencionar: “Proveniente do uso da ideia de supremacia judicial como ideologia, o resultado da igualização entre precedente e monopólio da interpretação constitucional, não obstante imposto de forma sub-reptícia, é altamente prejudicial quando as pessoas se deparam com decisões que dizem respeito ao destino das suas vidas e dos seus filhos” (Marinoni, 2023, p. RB-5.3).

64 Daí por que a defesa de que o controle da aplicação do precedente não deveria recair na corte que o concebe, mas nas Cortes de Justiça, a quem deveriam ser endereçadas as reclamações.

65 Para Daniel Mitidiero, a Corte de Precedente está “encarregada de dar a última palavra sobre o significado do direito constitucional ou do direito federal”.

As Cortes Supremas produzem precedente, mas nem todo precedente detém eficácia vinculante, como dão pistas as previsões normativas que buscam conferir eficácia vinculante a pronunciamentos que, embora constituam precedente, não possuem *per se* essa aptidão eficaz. É o que se verifica, por exemplo, na norma insculpida no inciso X do art. 52 da Constituição Federal, em que se encontra prevista a possibilidade de suspensão da lei declarada inconstitucional em controle incidental de constitucionalidade, por juízo de conveniência do Senado Federal. Discorda-se, portanto, de Luiz Guilherme Marinoni, para quem a existência dessa regra em nada altera a força obrigatória de todos os precedentes judiciais, ao fundamento de que se presta a oportunizar ao Senado que, “mesmo que consciente da impossibilidade de os juízes aplicarem a lei, suspenda a sua execução para evitar que ela possa ser reeficazada ou reavivada pela própria Corte” (Marinoni, 2021, p. 962). Não se concorda com essa percepção, não apenas pelas motivações já expostas, mas também pela evidente, e indevida, importação de uma das razões de existir do *stares decisis*, do direito estadunidense, para o modelo brasileiro – o que o torna, em certa medida, bastante inverossímil.

Corolário lógico dessa disposição é compreender-se que nem todo precedente oriundo dessa modalidade de julgamento é dotado de eficácia vinculante. Essa evidência é confirmada quando se verifica que, no circuito de processamento de recurso extraordinário, no STF, a repercussão geral serve de filtro para a seleção de todos os recursos. Todavia, em alguns casos específicos, o recurso é julgado em uma sistemática diversa, e mais rara, em que se tem a delimitação de tema, com conseqüente formação de precedente com eficácia vinculante.⁶⁶

Há especial confusão em relação à polêmica acerca da força normativa dos precedentes e a dicotomia “vinculante ou não vinculante”, “obrigatório ou persuasivo”, que se verifica em parcela da doutrina. De mesmo modo, não raramente esse debate é circunscrito à dicotomia *common law* e *civil law*, em que se atribui, ao primeiro, a índole de serem todos os precedentes obrigatórios. Michele Taruffo alerta para a impropriedade desse argumento, não apenas em função da evidente aproximação dos dois sistemas, na atualidade, como também em razão da existência de precedentes não vinculantes no sistema de *common law* (Taruffo, 1994).

66 O tema é bem explorado por Paulo Mendes de Oliveira no artigo *Recurso extraordinário e seus circuitos processuais: O adequado entendimento do trâmite do recurso extraordinário auxiliará bastante na regulamentação do requisito da relevância do recurso especial*, disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/recurso-extraordinario-e-seus-circuitos-processuais-15102022>>, acessado em 7/1/2022.

Ao analisar questionamentos semelhantes, Neil Duxbury reconhece a inadequação da abordagem positivista que associa a norma jurídica exclusivamente à sua sanção. Alinhado com as ideias de Herbert Hart, Neil Duxbury argumenta que, ao decidir com base em precedentes, os juízes não agem por temor à imposição de uma sanção, mas porque o precedente é considerado, entre os magistrados, como prática correta – uma norma cujo desvio é percebido de maneira negativa. Prosseguindo, a compreensão precisa da eficácia do precedente implica em se reconhecerem as limitações dos paradigmas positivistas que concebem o direito como ordem coercitiva, que sujeita a norma à sanção.⁶⁷ Para Duxbury, a vinculação ao precedente significa que os juízes se verão obrigados por ele, ou, no mínimo, comprometidos a considerá-lo (Duxbury, 2008, p. 21). Isso não implica, contudo, na ausência de sanção em caso de violação à norma do precedente. Em outras palavras, como norma, o precedente pode ser mais adequadamente descrito não como regra legal, mas como instância de comunicação de um exemplo dotado de autoridade. Isto é, ainda que por vezes não dotado de força obrigatória, ou ausente seu caráter sancionador, o precedente é norma precisamente porque é considerado, do ponto de vista interno do ordenamento jurídico, como padrão de comportamento a ser perseguido.⁶⁸

5. O art. 52, inciso X, da Constituição Federal como mecanismo de diálogo institucional

O que parece escapar do pensamento tradicional é a aptidão que o multicitado dispositivo teria de se prestar como técnica de diálogo entre Corte e Parlamento. A existência de pronunciamentos, em sede de controle de constitucionalidade, que não são dotados de eficácia vinculante e efeito *erga omnes*, bem como a relativa discricionariedade da Corte em selecionar os casos que serão julgados em uma sistemática de formação de precedente vinculante (a repercussão geral como “técnica de julgamento”), revelam um campo inexplorado de aplicação da norma contida no art. 52, inciso X, ao realizar sua interpretação a partir de um paradigma dialógico de interpretação.

Isso possui especial relevância em casos que impliquem desacordos morais razoáveis, e, portanto, comportem soluções igualmente legítimas que demandariam provocação parlamentar. Nesse cenário, a Corte poderia reconhecer a

67 É o que se verifica, por exemplo, na obra de Hans Kelsen, para quem a norma jurídica vincula, em razão de seu conteúdo, sancionar, não obstante reconheça, em sua *Teoria pura do direito*, deveres jurídicos sem sanção, como são as obrigações naturais (Kelsen, 1985, p. 55-57).

68 Alguém poderia afirmar que, desse modo, precedente seria sinônimo de jurisprudência, o que se rejeita igualmente. A distinção entre ambos é quantitativa e qualitativa e é muito bem elaborada por Taruffo e De Teffé (2014).

inconstitucionalidade de determinada norma, mas, em postura deferente ao Parlamento, deslocar a amplitude de seus efeitos para avaliação do Senado.

Sem fazê-lo, o atual circuito de processamento do recurso extraordinário faculta, ao STF, o poder de determinar quais casos constitucionais merecem ser alçados para julgamento com eficácia vinculante e efeito *erga omnes*, e quais não “mereceriam” essa alçada. A instituição de uma ponte dialógica por intermédio do art. 52, inciso X, da Constituição não apenas confere densidade normativa (eficácia) ao dispositivo, como igualmente aprimora o controle de constitucionalidade à semelhança da ideia de “*second look*”.

As teorias do *second look* (Calabresi, 1991, p. 80-104)⁶⁹ ocupam-se em defender certa decisão provisória de invalidação da lei, com base na noção de que o Poder Judiciário não decide definitivamente, mas funciona como mecanismo de responsabilização do Parlamento, que o provoca a reexaminar o conteúdo de determinada lei. Essa teoria é frequentemente associada ao minimalismo judicial, cujo precursor foi Alexander Bickel com seu conceito de “virtudes passivas”, que ganhou grande importância em Cass Sunstein. Para os minimalistas, o juiz não deve dizer em uma decisão judicial mais do que o necessário para justificar um resultado, e deve deixar o máximo possível para a indecisão. A abordagem extremista manifesta-se no poder de não decidir para lançar a discussão no espaço público, de modo que outros agentes sociais possam debater a questão constitucional. Evidentemente, essa abordagem implica geralmente uma visão mais moderada e muitas vezes procedimentalista do controle jurisdicional.

Nesse sentido, essa técnica pode-se operar em favor de uma decisão meramente provisória de invalidação da lei, com base na noção de que o Poder Judiciário não decide definitivamente, mas funciona como mecanismo de responsabilização, que provoca o Parlamento a reexaminar o conteúdo de certa lei, mesmo que este acabe por decidir pela reintrodução da lei invalidada.

Em uma notícia de direito comparado, pode-se mencionar as *delayed declaration of invalidity*, igualmente denominadas *suspended declaration*, que têm, no direito canadense, especial relevância. A razão dessa importância é resultado de uma decisão, de 1985, da Suprema Corte do Canadá (Canadá, 1985),⁷⁰ em aparente contradição à expressa disposição contida no *Constitutional Act*, de

69 O juiz Guido Calabresi é bastante famoso nos Estados Unidos por sua teoria do *second look*.

70 Cuida-se do caso *Manitoba Language Reference*, em que a assembleia legislativa de Manitoba ignorava, por 95 anos, a disposição constitucional que ordenava que as leis fossem promulgadas nas duas línguas oficiais do país. Na oportunidade, a Corte compreendeu que seria desastrosa a mera declaração de inconstitucionalidade, visto que produziria um estado caótico de invalidação em cadeia de leis e demais atos normativos.

1982, a qual, na seção 52, explicita que “qualquer lei que seja inconsistente com as disposições da Constituição é, na medida da inconsistência, sem força ou efeito”. Nas declarações postergadas, a Corte deixa de pronunciar a invalidade da norma, ao menos por um período determinado, a partir do qual a decisão tem seu efeito imediato de invalidação. Aliás, essa técnica tornou-se a regra da jurisprudência canadense (Hoole, 2011, p. 105-148).

Inicialmente concebida para evitar efeitos jurídicos catastróficos com a declaração imediata de invalidação, a técnica passou a ser aplicada com espreque na ideia de que as Cortes estão adstritas à prerrogativa do Legislativo de selecionar, dentre opções possíveis para remediar a inconstitucionalidade, aquela que julgar mais adequada. A Corte igualmente pondera que o exercício dessa prerrogativa é fatalmente encerrado quando a Corte simplesmente expurga a norma do ordenamento (Hoole, 2011, p. 105-148).

Dessa maneira, a aplicação do multimencionado dispositivo pode ser associada a técnicas de julgamentos dialógicas, em que a Corte desloca ao Parlamento a faculdade de conferir eficácia vinculante a pronunciamentos que, deliberadamente, não foram dotados desse conteúdo eficaz. Cuida-se, portanto, de decisão judicial deferente, na qual a Corte defere a outro fórum decisório o poder de decidir sobre determinada questão constitucional. Na hipótese em apreço, a Corte deferiria ao Senado o poder de decidir a respeito do conteúdo eficaz de determinada decisão que, por decisão da Corte, não foi submetida à técnica de formação de precedentes de aplicabilidade compulsória.

6. Conclusão

A interpretação do art. 52, inciso X, da Constituição Federal tem sido um dos pontos centrais nos debates sobre o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro. A evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, notadamente com a tese da abstrativização do controle difuso, tem progressivamente minimizado o papel do Senado Federal no processo de consolidação dos efeitos de decisões de inconstitucionalidade. No entanto, em vez de ser tratado como resquício de um modelo superado, esse dispositivo pode ser reinterpretado à luz das teorias dos diálogos institucionais e das técnicas minimalistas de decisão constitucional e adquirir nova funcionalidade dentro da ordem constitucional vigente.

Sob essa perspectiva, o art. 52, inciso X, pode ser compreendido como mecanismo de *second look*, que permite ao Parlamento ter espaço institucional para avaliar as implicações normativas e políticas de certa decisão de inconstitucionalidade do STF antes que seus efeitos sejam amplificados para além do

caso concreto. Diferentemente de simples ato burocrático de publicidade, a suspensão da execução da norma pelo Senado pode ser encarada como filtro deliberativo que confere tempo e espaço para o diálogo interinstitucional, o que evita à Suprema Corte impor unilateralmente sua visão sobre a constitucionalidade de determinadas normas sem reflexão mais ampla.

Essa abordagem dialógica não compromete a autoridade do STF, mas reconhece que, em um sistema constitucional baseado na separação de Poderes, a última palavra sobre a revogação prática de certa norma pode envolver não apenas a jurisdição constitucional, mas também a esfera política. O minimalismo judicial, tal como formulado por Cass Sunstein, sugere que as cortes constitucionais devem evitar decisões de amplo alcance quando há incertezas normativas e sociais significativas. Assim, o art. 52, inciso X, pode operar como técnica para modular os efeitos das decisões do STF, e funcionar como mecanismo para que o Senado, em papel dialógico, participe da construção da normatividade resultante do controle de constitucionalidade.

Além disso, essa interpretação evita a armadilha da supremacia judicial ir-restrita e permite um modelo em que o Parlamento pode desempenhar papel ativo na recepção dos precedentes judiciais e, eventualmente, dar ensejo a reformas legislativas necessárias para se aprimorar a coerência do ordenamento jurídico. Dessa forma, o dispositivo deixa de ser entrave burocrático para a eficácia das decisões do STF e passa a ser instrumento legítimo de interação entre os Poderes, o que fortalece a legitimidade democrática das decisões de inconstitucionalidade.

Diante disso, conclui-se que o art. 52, inciso X, deve ser reinterpretado sob um viés dialógico, no qual sua aplicação não se limita a um resquício de um modelo ultrapassado de controle de constitucionalidade, mas a uma técnica deliberativa que permite ao Senado Federal conferir efeitos a decisões do STF que a própria Corte deliberadamente optou por não revestir de eficácia vinculante. Essa abordagem reforça a legitimidade democrática das decisões constitucionais, resguarda a separação de Poderes e incentiva um modelo de governança constitucional mais interativo e responsivo aos desafios normativos do Estado contemporâneo.

Referências

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, New York, 71, 2006.

- BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2nd ed., New York: Yale University Press, 1962.
- BRANDÃO, Rodrigo. Mecanismos de diálogos constitucionais nos EUA e no Brasil. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. 1. ed. Rio de Janeiro, 2015.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2022.
- CALABRESI, Guido. The Supreme Court 1990 Term: what the Bork-Brennan debate ignores. Massachusetts: *Harvard Law Review*, p. 80-104, 1991.
- CANADÁ. Suprema Corte. *Manitoba Language Rights*, 1 S.C.R. 721, 1985.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Cristian Förster. 1. ed., Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.
- DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press. 2008.
- GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. Escuela de Derecho: Universidad Torcuato di Tella. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Buenos Aires, v. 14, 2013.
- HOOLE, Grant R. Proportionality as a remedial principle: A framework for suspended declarations of invalidity in Canadian Constitutional Law. *Alberta Law Review*, Totonto, v. 49, n. 1, p. 107-148, 2011.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes. 1985.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*. 3. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de Poderes e deliberação*. 2008. Tese (doutorado em ciência política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Recurso extraordinário e seus circuitos processuais: o adequado entendimento do trâmite do recurso extraordinário auxiliará bastante na regulamentação do requisito da relevância do recurso especial. *Revista Jota*, Brasília, 15 out. 2024.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar; SOARES, João Paulo. A (re)descoberta da teoria da mutação constitucional pelo STF: indícios de um estado de exceção? *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, a. 21, n. 86, p. 205-221. Belo Horizonte, 2021.

PEDRON, Flávio Quinaud. O julgamento da Reclamação n. 4.335-AC e o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 207, p. 213-237, 2015.

PEDRON, Flávio Quindad. *A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. 2019. Tese (doutorado em direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.

ROBLOT-TROIZIER, Agnès. Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi. *Pouvoirs*, Paris, v. 143, n. 4, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Argumenta Journal Law*, Curitiba, v. 7, n. 7, p. 45-68. 2007.

TARUFFO, Michele; DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Precedente e jurisprudência. *Revista civilistica*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 1-16. 2014.

TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Revista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 48, n. 2. 1994.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Semipresidencialismo no Brasil: por que não? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 54, n. 215, p. 59-78. jul./set. 2017.