

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

Bruno Dantas

Ministro del Tribunal de Cuentas de la Unión. Doctor y máster en Derecho por la PUC-SP. Posdoctorado en Derecho por la Universidad del Estado do Río de Janeiro (Uerj). Actualmente es *hauser senior global fellow from practice & government* en la Universidad de Nueva York. Realizó investigación como *investigador visitante* en la Cardozo School of Law (Nueva York), *Post-doctoral scientific guest* en el Instituto Max Planck de Derecho Procesal Regulatorio (Luxemburgo) en 2017 e investigador visitante en el Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad París 1 Panthéon-Sorbonne en 2019.

Guilherme Mazarello

Candidato a doctorado en Derecho Constitucional por la Universidad de São Paulo. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad París I Panthéon-Sorbonne. Máster en Derecho Procesal por la Uerj. Licenciado en Derecho por la Universidad de Brasilia, con un periodo de movilidad internacional en la Universidad París III Sorbonne-Nouvelle.

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. Introducción

Al menos desde la promulgación de la Enmienda Constitucional n.º 45/2004, que instituyó, entre otros cambios, el régimen de repercusión general ha existido una controversia doctrinal sobre la interpretación del inciso X del artículo 52 de la Constitución Federal. Dicha disposición otorga al Senado la facultad exclusiva de suspender la ejecución, total o parcial, de una ley declarada inconstitucional por decisión firme del STF. Es decir, le otorga al Senado la facultad de atribuir eficacia vinculante y efecto *erga omnes* a pronunciamientos que, al momento de la promulgación de

la Constitución, no tendrían un contenido tan efectivo. Los críticos argumentan que este modelo genera inseguridad jurídica y retrasos procesales, ya que la suspensión efectiva de una norma inconstitucional depende de la deliberación política del Senado.

En los últimos años, esta disposición ha sido objeto de intenso debate, especialmente debido a la tesis de la mutación constitucional, que propone la abstracción del control difuso de constitucionalidad. Este artículo revisa las principales interpretaciones sobre el tema desde las perspectivas normativa, jurisprudencial y doctrinal.

A lo largo de los años, el STF ha reinterpretado la disposición con el fin de minimizar el papel del Senado Federal. En la sentencia de la Queja Constitucional 4.335/AC, los ministros Gilmar Mendes y Eros Grau argumentaron que se había producido un cambio constitucional en el art. 52, inciso X, que hacía innecesario que el Senado emitiera una resolución para que las decisiones en control difuso produjeran efectos *erga omnes*. Más recientemente, esta interpretación se vio reforzada por la sentencia de ADI3.406, en la que la mayoría de los ministros reconoció que el papel del Senado se limitaría a la mera publicidad de las decisiones del STF y consolidó la abstracción del control difuso. El ministro Eros Grau, de acuerdo con el voto presentado por el ministro Gilmar Mendes, entendió que se había producido un cambio constitucional.

Se produciría entonces «una inconsistencia entre la norma constitucional y la realidad constitucional» (Dau-Lin, 1998, p. 75), en el sentido de que la norma extraída sería:

El Senado Federal está facultado para hacer pública la suspensión de la ejecución de una ley declarada inconstitucional, total o parcialmente, por decisión firme del Supremo Tribunal Federal. La propia decisión del STF tendría fuerza normativa suficiente para suspender la ejecución de la ley declarada inconstitucional.

La doctrina presenta opiniones divergentes sobre la modificación constitucional del art. 52, inciso X. Quienes la defienden argumentan que la evolución del control de constitucionalidad en Brasil favorece la efectividad inmediata de las decisiones del STF, independientemente de la actuación del Senado. También argumentan que el modelo tradicional genera inseguridad jurídica y permite la persistencia de normas inconstitucionales, y que la valorización de los precedentes vinculantes de los Tribunales Superiores es una tendencia en el sistema jurídico contemporáneo. Por otro lado, quienes critican la modificación constitucional argumentan que el cambio interpretativo representa un desbordamiento judicial que usurpa facultades del Poder Legislativo. Afirman que el art. 52, inciso X, fue diseñado para garantizar la armonía entre los Poderes y permitir cierto control político sobre la suspensión de normas inconstitucionales. También argumentan que la Constitución Federal ya prevé mecanismos formales para cambiar las normas, a través de enmiendas constitucionales, no a través de cambios jurisprudenciales (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).

La modificación constitucional del artículo 52, inciso X, refleja un conflicto entre la seguridad jurídica y la separación de poderes. La jurisprudencia del STF ha tendido a abstraer el control difuso y a reducir la función del Senado Federal. Sin embargo, esta tendencia no es unánime en la doctrina, que cuestiona la compatibilidad de la modificación constitucional con el texto de la Constitución de 1988. El debate permanece abierto, y cualquier definición al respecto requerirá la consolidación de la jurisprudencia del STF o una reforma formal de la Constitución, mediante el proceso legislativo correspondiente.

2. Premisa teórica: diálogos institucionales

En reacción a la naturaleza de este discurso, en los Estados Unidos, bajo la presidencia del Jefe El juez Warren y Alexander Bickel desarrollaron una teoría sobre el uso estratégico del poder de no decidir de la Corte Suprema. Para Bickel, el silencio sobre ciertas cuestiones constitucionales es esencial para promover el debate en la sociedad civil sobre el tema, así como para la eventual toma de decisiones por parte del Parlamento, que representa al pueblo (Bickel, 1962). En palabras de Bickel, este sería el uso virtuoso del poder de no decidir.

Tras esta obra fundamental, se realizaron varios estudios sobre la teoría de los diálogos constitucionales. La cuestión, antes limitada al dualismo Parlamento – Tribunal, cambia su paradigma epistemológico. Bajo el paraguas del paradigma de los diálogos institucionales o constitucionales, los tribunales no monopolizan la interpretación constitucional ni tienen la última palabra sobre la interpretación normativa de la Constitución. En resumen, «existen mecanismos formales e informales de interacción entre el poder judicial, los demás poderes del Estado y los agentes sociales que confieren al proceso de interpretación y aplicación de la Constitución una naturaleza política que no es considerada por el conocimiento jurídico convencional» (Brandão, 2015, p. 4).

Desde esta perspectiva, Roberto Gargarella destaca la tensión entre el constitucionalismo dialógico y el sistema clásico de pesos y contrapesos descrito por Montesquieu y perfeccionado por los federalistas. Artículos (Gargarella, 2013). De hecho, la adopción de un paradigma dialógico de interpretación constitucional puede generar tensiones entre las instituciones y la sociedad civil, además de problematizar la concepción tradicional de la democracia deliberativa (Dworkin, 1995, pp. 2-11). Según Gargarella, un sistema constitucional basado en la idea del constitucionalismo dialógico debería reemplazar el sistema tradicional de pesos y contrapesos. En esta concepción, los agentes sociales desempeñan un papel participativo en la interpretación de la Constitución a través de mecanismos formales e informales de participación, lo que permite también el ejercicio de la competencia normativa por parte de la ciudadanía (Rousseau, 2022, p. 75).

Sin embargo, estos estudios sobre diálogos constitucionales se centran más en controversias relacionadas con la legitimidad de los Tribunales o el Parlamento que en un análisis concreto de los mecanismos que amplían el debate. En resumen, estos estudios se han convertido en un debate limitado a la teoría constitucional, en detrimento de un análisis caso por caso de los Tribunales Constitucionales y de los instrumentos que garantizan estos diálogos y, más aún, son capaces de proporcionar respuestas adecuadas a la resolución de problemas de derechos fundamentales.

Algunas obras recientes abordan este tema. Roberto Gargarella elaboró una breve comparación analítica entre los sistemas jurídicos de Canadá y Estados Unidos (Gargarella, 2013). En Brasil, Rodrigo Brandão publicó un trabajo en el que compara los mecanismos de diálogo en Brasil y Estados Unidos (Brandão, 2015). Más recientemente, Luiz Guilherme Marinoni dedicó su obra al tema, basándose también en teorías de diálogos constitucionales, en defensa de ciertas posturas decisorias de los tribunales, con evidente inspiración en las teorías minimalistas de Cass Sunstein (Marinoni, 2021).

Dado que el STF no tiene la última palabra, otras instituciones y la sociedad civil pueden reaccionar ante cualquier decisión del Tribunal con la que discrepen en cuanto a la interpretación normativa de la Constitución. La naturaleza empírica del constitucionalismo dialógico demuestra que estas interacciones existen de forma natural, pero a veces no se estudian como facetas de un mismo

fenómeno. Este es el caso, por ejemplo, del efecto de reacción del Parlamento. Como explica Rodrigo Brandão, «existen mecanismos formales e informales de interacción entre el Poder Judicial, los demás poderes del Estado y los agentes sociales que confieren al proceso de interpretación y aplicación de la Constitución una naturaleza política que no se capta en el conocimiento jurídico convencional» (Brandão, 2015, p. 4).

3. La tensión dialógica entre las instituciones

Las teorías de los diálogos constitucionales coinciden en que este paradigma tiene un impacto significativo en la interacción entre las instituciones y la separación de poderes. Para algunos, el diálogo es un producto necesario de la separación de poderes, como resultado del diseño institucional, no necesariamente de la voluntad de los poderes de dialogar. Esta es esencialmente una teoría empírica (Mendes, 2008; Bateup, 2006). La separación de poderes no implica una armonía pacífica entre ellos, ya que puede haber solapamiento entre ellos, ya sea por la oscuridad de las zonas fronterizas entre los poderes o porque crean voluntariamente áreas de disputa intrínsecas a la organización del poder. De hecho, la jurisdicción constitucional «ha sido un vehículo para modernizar el concepto de separación de poderes» (Roblot-Troizier, 2012, p. 92).

Esta zona de tensión dialógica presupone un conflicto sobre la definición del significado normativo de la Constitución. Por lo tanto, se manifiesta en el contexto de un debate, excluyendo el uso de artificios movilizados con el fin de restringir institucionalmente a otro Poder. Rodrigo Brandão arroja luz, por ejemplo, sobre ciertos mecanismos considerados como una reacción del Parlamento a decisiones judiciales que considera incorrectas. Esta es la hipótesis del control mediante la modificación del presupuesto y los salarios de los jueces y la modificación del proceso de nombramiento, por ejemplo (Brandão, 2022, p. 413); también puede citarse el *court packing* consistente en cambiar el número general de jueces de la Corte con la intención subyacente de imponer un perfil ideológico a la Corte.

Para otros, el constitucionalismo dialógico lleva a replantear las teorías de la separación de poderes. Roberto Gargarella enfatiza la necesidad de un cierto equilibrio entre los poderes. Explica, por ejemplo, la imposibilidad de que el diálogo prospere en un sistema político que concentra el poder en manos del Ejecutivo, como ocurre en algunos países latinoamericanos que, según el autor, padecen un presidencialismo hipertrofiado¹; o cuando los parlamentos están demasiado alejados de la sociedad, lo que revela una falta de fidelidad a la representación popular (Gargarella, 2013).

El carácter institucionalista de las teorías dialógicas reside en que trascienden el enfoque interpretativo que popularizó el debate sobre la legitimidad de los Tribunales. Anteriormente, la controversia se centraba en las diferentes concepciones de la interpretación constitucional, las llamadas teorías de la decisión². Sin embargo, el diálogo reconoce la participación de los Tribunales como parte de un sistema institucional de organización de los Poderes. Los constitucionalismos dialógicos reconocen no solo que estos Tribunales desempeñan un papel importante en la definición de políticas (como ya se ha analizado), sino también el papel de otras instituciones en la

¹ En ocasiones, los escritos de Gargarella sobre América Latina adolecen de una tendencia universalista generalizada. En este sentido, Marcelo Leonardo Tavares tiene razón al afirmar que, en Brasil, tenemos un presidente débil en una presidencia fuerte (Tavares, 2017, pp. 59-78).

² En Estados Unidos, por ejemplo, el debate sobre interpretativismo y no interpretativismo ha sido la piedra de toque de la discusión sobre la legitimidad de la Corte Suprema.

interpretación constitucional, lo que constituye un golpe fatal a la percepción de que el Poder Judicial ostenta el monopolio de la interpretación.

La separación de poderes, al menos según la fórmula seminal desarrollada por Montesquieu, está sujeta a diversas concepciones. Este es el caso del modelo propuesto por los federalistas, en relación con Estados Unidos, que asumía que la naturaleza humana no es angelical ni propensa a la consagración del bien común por parte de los servidores públicos. La separación de poderes es necesaria como mecanismo para evitar la opresión mutua entre grupos (Gargarella, 2013, p. 11). En la realidad latinoamericana, por otro lado, el modelo «purista» de Estados Unidos dio paso a una visión corrupta, según Roberto Gargarella, con una distribución desigual del poder, especialmente con la centralización de poderes en la figura del Ejecutivo, lo que habría creado un sistema cerrado al diálogo³. Sin embargo, el constitucionalismo dialógico de Gargarella se centra en la interacción entre los poderes constituidos y la necesidad de establecer pesos y contrapesos. Ignora la relación entre los poderes y la sociedad civil, que es el punto de partida del constitucionalismo dialógico propuesto en esta obra.

Dado que la Corte no tiene la última palabra, otras instituciones y la sociedad civil pueden reaccionar ante cualquier decisión de la Corte con la que discrepen en cuanto a la interpretación normativa de la Constitución. La naturaleza empírica del constitucionalismo dialógico demuestra que estas interacciones existen de forma natural, pero a veces no se estudian como facetas de un mismo fenómeno. Este es el caso, por ejemplo, del efecto de reacción del Parlamento. Como explica Rodrigo Brandão, «existen mecanismos formales e informales de interacción entre el Poder Judicial, los demás poderes del Estado y los agentes sociales que confieren al proceso de interpretación y aplicación de la Constitución una naturaleza política que no se capta en el conocimiento jurídico convencional» (Brandão, 2015, p. 4).

Christine Bateup ha argumentado que la Corte Suprema solo estaría controlada si se alejara demasiado de las opiniones de los poderes políticos y otras fuerzas sociales. Incluso es posible que, incluso si la Corte se alejara objetivamente del ámbito político, otros poderes políticos decidieran no hacer nada, ya sea por inercia (Bateup, 2006, p. 1139)⁴ o por cálculo político.

Sin embargo, cabe destacar que estas interacciones deben considerarse un espacio de tensión permanente entre instituciones. Por ejemplo, Barry Friedman observa que, en el caso de la Corte Suprema de Estados Unidos, cuando esta decide más allá de lo que el Parlamento o el pueblo consideran aceptable, se le imponen limitaciones políticas, como el efecto de reacción o la desaprobación popular. En el constitucionalismo dialógico, estas interacciones se consideran una consecuencia natural de la interacción entre los poderes, las instituciones y la sociedad civil.

El reconocimiento de esta zona de tensión institucional es igualmente importante para definir qué es prescriptivo o descriptivo en las teorías dialógicas. Luiz Guilherme Marinoni, en obras dedicadas al tema, también utiliza teorías dialógicas. Sus escritos buscan referencias tanto en los diálogos

³ El sistema de frenos y contrapesos creado en el siglo XVIII, en algunas de sus principales versiones (la más pura de Estados Unidos y la desequilibrada de Latinoamérica), se presentó desde entonces como un sistema ligeramente favorable a la cooperación y el diálogo político. Más específicamente, el modelo en cuestión, en lugar de fomentar la cooperación, buscaba contener la confrontación; en lugar de promover el diálogo, buscaba canalizar la agresión;

⁴ «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».

constitucionales como en las teorías del minimalismo judicial, que serán objeto de reflexiones más profundas en la segunda parte de este trabajo. Sin embargo, el dialogismo se utiliza como argumento en defensa de una postura más moderada de la Corte y para confrontar la existencia de una supuesta «ideología» de supremacía judicial (Marinoni, 2023)⁵.

4. El artículo 52, inciso X, de la Constitución Federal y la fuerza del precedente en el derecho brasileño

La naturaleza de la función de los Tribunales Superiores es una fuente fructífera de debate en la doctrina brasileña. En esta fuente, Daniel Mitidiero (2018) y Luiz Guilherme Marinoni (2019, cap. 3) emergen como importantes defensores de los Tribunales Superiores como Tribunales Supremos encargados de la función de interpretar (y pacificar la interpretación, en la llamada función nomofílica) el derecho constitucional (STF) y el derecho infraconstitucional (STJ), a través de la formación de precedentes, que estarían, para los autores, siempre dotados de fuerza vinculante (Mitidiero, 2018, p. 81)⁶. Otra premisa es entender que los Tribunales Supremos tienen la última palabra (Mitidiero, 2018, p. 84)⁷. Una consecuencia natural de esta premisa radica en la comprensión de los Tribunales Supremos como productores de precedentes dotados de fuerza vinculante.

Las Cortes Supremas producen precedentes, pero no todos los precedentes tienen efecto vinculante, como lo indican las disposiciones normativas que buscan conferir efecto vinculante a pronunciamientos que, si bien constituyen precedente, no tienen efecto vinculante. Si esta aptitud efectiva. Esto se observa, por ejemplo, en la norma consagrada en el inciso X del art. 52 de la Constitución Federal, que prevé la posibilidad de suspender una ley declarada inconstitucional en un control incidental de constitucionalidad, mediante una sentencia de conveniencia del Senado Federal. Por lo tanto, discrepamos de Luiz Guilherme Marinoni, para quien la existencia de esta norma no altera en absoluto la fuerza vinculante de todos los precedentes judiciales, ya que sirve para brindar al Senado la oportunidad, «aun sabiendo que los jueces no pueden aplicar la ley, de suspender su ejecución para evitar que sea reforzada o revivida por la propia Corte» (Marinoni, 2021, p. 962). No compartimos esta percepción, no solo por las razones ya explicadas, sino también por la evidente e indebida trascendencia de una de las razones de la existencia del *stares decisis*, del derecho norteamericano al modelo brasileño, lo que la hace, hasta cierto punto, bastante inverosímil.

Un corolario lógico de esta disposición es comprender que no todos los precedentes derivados de este tipo de sentencia tienen carácter vinculante. Esta evidencia se confirma al verificar que, en el circuito de tramitación de apelaciones extraordinarias del STF, la repercusión general sirve de filtro para la selección de todas las apelaciones. Sin embargo, en algunos casos específicos, la apelación se juzga en un sistema diferente y menos frecuente, en el que se delimita el tema, con la consiguiente formación de un precedente vinculante⁸.

⁵ Así se extrae de varios pasajes de sus obras dedicadas al tema, de los cuales cabe mencionar: «Surgiendo del uso de la idea de supremacía judicial como ideología, el resultado de la equiparación entre precedente y monopolio de la interpretación constitucional, a pesar de ser impuesto subrepticiamente, es altamente nocivo cuando las personas se encuentran ante decisiones que conciernen al destino de sus vidas y las de sus hijos» (Marinoni, 2023, p. RB-5.3).

⁶ De ahí la defensa de que el control sobre la aplicación del precedente no debe recaer en el tribunal que lo concibió, sino en los Tribunales de Justicia, a quienes deben dirigirse las quejas.

⁷ Para Daniel Mitidiero, el Tribunal de Precedencia es «el encargado de dar la última palabra sobre el significado del derecho constitucional o del derecho federal».

⁸ El tema es bien explorado por Paulo Mendes de Oliveira en el artículo *El recurso extraordinario y sus circuitos procesales: La adecuada comprensión del procedimiento del recurso extraordinario ayudará mucho a regular el*

Existe especial confusión en torno a la controversia sobre la fuerza normativa de los precedentes y la dicotomía «vinculante o no vinculante», «obligatorio o persuasivo», presente en parte de la doctrina. Asimismo, este debate suele limitarse a la dicotomía común. derecho y civil Derecho, en el que al primero se le atribuye la naturaleza imperativa de todos los precedentes. Michele Taruffo advierte sobre la inadecuación de este argumento, no solo debido a la evidente aproximación actual de ambos sistemas, sino también a la existencia de precedentes no vinculantes en el sistema de derecho consuetudinario. derecho (Taruffo, 1994).

Al analizar cuestiones similares, Neil Duxbury reconoce la insuficiencia del enfoque positivista que asocia la norma jurídica exclusivamente con su sanción. En línea con las ideas de Herbert Hart, Neil Duxbury argumenta que, al decidir basándose en precedentes, los jueces no actúan por temor a imponer una sanción, sino porque el precedente se considera, entre ellos, una práctica correcta: una norma cuya desviación se percibe negativamente. A continuación, la comprensión precisa de la eficacia del precedente implica reconocer las limitaciones de los paradigmas positivistas que conciben el derecho como una orden coercitiva, que somete la norma a sanción⁹. Para Duxbury, la naturaleza vinculante del precedente significa que los jueces estarán obligados por él o, al menos, comprometidos a considerarlo (Duxbury, 2008, p. 21). Esto no implica, sin embargo, la ausencia de sanción en caso de violación de la norma precedente. En otras palabras, como norma, el precedente puede describirse más adecuadamente no como una regla jurídica, sino como una instancia de comunicación de un ejemplo autorizado. Es decir, aunque a veces no tenga fuerza vinculante o carezca de carácter sancionador, el precedente es una norma precisamente porque se considera, desde el punto de vista interno del sistema jurídico, como un estándar de conducta a seguir¹⁰.

5. El artículo 52, inciso X, de la Constitución Federal, como mecanismo de diálogo institucional

Lo que parece escapar al pensamiento tradicional es la aptitud que tendría dicho mecanismo para servir como técnica de diálogo entre el Tribunal y el Parlamento. La existencia de pronunciamientos, en términos de control de constitucionalidad, que no están dotados de eficacia vinculante ni de efecto *erga omnes*, así como la relativa discrecionalidad de la Corte en seleccionar los casos que serán juzgados de manera sistemática formando un precedente vinculante (la repercusión general como «técnica de sentencia»), revelan un campo inexplorado de aplicación de la regla contenida en el art. 52, inciso X, al interpretarla con base en un paradigma dialógico de interpretación.

Esto es particularmente relevante en casos que involucran desacuerdos morales razonables y, por lo tanto, soluciones igualmente legítimas que requerirían una provocación parlamentaria. En este escenario, el Tribunal podría reconocer la inconstitucionalidad de una norma determinada, pero, en una postura deferente hacia el Parlamento, trasladar el alcance de sus efectos al Senado para su evaluación.

Sin hacerlo, el actual circuito extraordinario de procesamiento de apelaciones le da al STF el poder de determinar qué casos constitucionales merecen ser elevados a juicio con eficacia vinculante y

requisito de pertinencia del recurso especial, disponible en <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/recurso-extraordinario-e-seus-circuitos-processuais-15102022>>, consultado el 1/7/2022.

⁹ Es lo que se observa, por ejemplo, en la obra de Hans Kelsen, para quien la norma jurídica obliga, por su contenido, a la sanción, a pesar de reconocer, en su Teoría Pura del Derecho, deberes jurídicos sin sanción, como las obligaciones naturales (Kelsen, 1985, pp. 55-57).

¹⁰ Se podría argumentar que, de esta manera, precedente sería sinónimo de jurisprudencia, lo cual se rechaza igualmente. La distinción entre ambos es cuantitativa y cualitativa, y Taruffo y De Teffé (2014) la desarrollan con gran precisión.

efecto *erga omnes*, y que no «merecerían» esta jurisdicción. El establecimiento de un puente dialógico mediante el artículo 52, inciso X, de la Constitución no solo otorga densidad normativa (eficacia) al dispositivo, sino que también mejora el control de constitucionalidad, similar a la idea de «*second look*».

Las teorías del *second look* (Calabresi, 1991, pp. 80-104)¹¹ defiende una decisión provisional de invalidar una ley, basándose en la idea de que el Poder Judicial no decide definitivamente, sino que actúa como mecanismo para exigir responsabilidades al Parlamento, lo que lo obliga a reexaminar el contenido de la ley. Esta teoría suele asociarse con el minimalismo judicial, cuyo precursor fue Alexander Bickel con su concepto de «virtudes pasivas», que adquirió gran importancia en Cass Sunstein. Para los minimalistas, el juez no debería decir en una decisión judicial más de lo necesario para justificar un resultado y debería dejar el mayor margen posible a la indecisión. El enfoque extremista se manifiesta en la facultad de no decidir para iniciar el debate en el espacio público, de modo que otros agentes sociales puedan debatir la cuestión constitucional. Obviamente, este enfoque generalmente implica una visión más moderada y, a menudo, proceduralista del control judicial.

En este sentido, esta técnica puede operar a favor de una decisión meramente provisional de invalidar la ley, basada en la noción de que el Poder Judicial no decide definitivamente, sino que funciona como un mecanismo de rendición de cuentas, que hace que el Parlamento reexamine el contenido de una determinada ley, incluso si termina decidiendo reintroducir la ley invalidada.

En una noticia de derecho comparado se puede mencionar las *delayed declaration of invalidity*, también denominadas *suspended declaration*, que tienen especial relevancia en el derecho canadiense. La razón de esta importancia es el resultado de una decisión de 1985 de la Corte Suprema de Canadá (Canadá, 1985)¹², en aparente contradicción con la disposición expresa contenida en el Constitutional Act de 1982, cuyo artículo 52 establece que «toda ley que sea incompatible con las disposiciones de la Constitución carece, en la medida de su incompatibilidad, de fuerza y efecto». En las declaraciones diferidas, el Tribunal se abstiene de declarar la invalidez de la ley, al menos durante un período determinado, tras el cual la decisión tiene su efecto inmediato de invalidación. De hecho, esta técnica se ha convertido en la norma de la jurisprudencia canadiense (Hoole, 2011, págs. 105-148).

Inicialmente concebida para evitar efectos jurídicos catastróficos con la declaración inmediata de invalidez, la técnica comenzó a aplicarse con base en la idea de que los Tribunales están obligados por la prerrogativa del Poder Legislativo a seleccionar, entre las posibles opciones para subsanar la inconstitucionalidad, la que consideren más adecuada. El Tribunal también considera que el ejercicio de esta prerrogativa termina inevitablemente cuando el Tribunal simplemente elimina una norma del ordenamiento jurídico (Hoole, 2011, págs. 105-148).

Así, la aplicación de la disposición mencionada puede asociarse con técnicas de juicio dialógico, en las que el Tribunal transfiere al Parlamento la facultad de otorgar efecto vinculante a pronunciamientos que deliberadamente carecían de dicho contenido efectivo. Se trata, por lo tanto, de una decisión judicial deferente, en la que el Tribunal delega en otro foro decisario la facultad de decidir sobre una

¹¹ El juez Guido Calabresi es bastante famoso en Estados Unidos por su teoría del *second look*.

¹² Este es el caso de Manitoba Language Reference, en el que la Asamblea Legislativa de Manitoba ignoró, durante 95 años, la disposición constitucional que exigía que las leyes se promulgaran en los dos idiomas oficiales del país. En aquel momento, el Tribunal entendió que una simple declaración de inconstitucionalidad sería desastrosa, ya que produciría un estado caótico de invalidación en cadena de leyes y otros actos normativos.

cuestión constitucional determinada. En el presente caso, el Tribunal delegaría en el Senado la facultad de decidir sobre el contenido efectivo de una decisión que, por decisión del Tribunal, no estaba sujeta a la técnica de formación de precedentes de aplicabilidad obligatoria.

6. Conclusión

La interpretación del artículo 52, inciso X, de la Constitución Federal ha sido uno de los puntos centrales de los debates sobre el modelo brasileño de control constitucional. La evolución de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, en particular con la tesis de la abstracción del control difuso, ha minimizado progresivamente el papel del Senado Federal en el proceso de consolidación de los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad. Sin embargo, en lugar de ser tratada como un remanente de un modelo obsoleto, esta disposición puede reinterpretarse a la luz de las teorías de los diálogos institucionales y las técnicas minimalistas de toma de decisiones constitucionales, y adquirir una nueva funcionalidad dentro del orden constitucional vigente.

Desde esta perspectiva, el art. 52, inciso X, puede entenderse como mecanismo de *second look*, lo cual permite al Parlamento contar con el espacio institucional para evaluar las implicaciones normativas y políticas de una decisión de inconstitucionalidad del STF antes de que sus efectos se extiendan más allá del caso específico. A diferencia de un simple acto burocrático de publicidad, la suspensión de la ejecución de la norma por parte del Senado puede considerarse un filtro deliberativo que brinda tiempo y espacio para el diálogo interinstitucional, lo que impide que el STF imponga unilateralmente su opinión sobre la constitucionalidad de ciertas normas sin una reflexión más amplia.

Este enfoque dialógico no compromete la autoridad de la Corte Suprema, pero reconoce que, en un sistema constitucional basado en la separación de poderes, la última palabra sobre la derogación práctica de una norma puede involucrar no solo a la jurisdicción constitucional, sino también a la esfera política. El minimalismo judicial, formulado por Cass Sunstein, sugiere que los tribunales constitucionales deben evitar decisiones de amplio alcance cuando existen incertidumbres normativas y sociales significativas. Así, el artículo 52, inciso X, puede operar como una técnica para modular los efectos de las decisiones de la Corte Suprema y funcionar como un mecanismo para que el Senado, en un rol dialógico, participe en la construcción de la normatividad resultante del control de constitucionalidad.

Además, esta interpretación evita la trampa de la supremacía judicial irrestricta y permite un modelo en el que el Parlamento puede desempeñar un papel activo en la recepción de precedentes judiciales y, eventualmente, impulsar las reformas legislativas necesarias para mejorar la coherencia del sistema jurídico. De esta manera, la disposición deja de ser un obstáculo burocrático para la eficacia de las decisiones del STF y se convierte en un instrumento legítimo de interacción entre los Poderes, lo que fortalece la legitimidad democrática de las decisiones de inconstitucionalidad.

En vista de lo anterior, se concluye que el artículo 52, inciso X, debe reinterpretarse desde una perspectiva dialógica, en la que su aplicación no se limite a un remanente de un modelo obsoleto de control constitucional, sino a una técnica deliberativa que permita al Senado Federal conferir efectos a decisiones del STF que el propio Tribunal decidió deliberadamente no dotar de carácter vinculante. Este enfoque refuerza la legitimidad democrática de las decisiones constitucionales, salvaguarda la separación de poderes y fomenta un modelo más interactivo de gobernanza constitucional que responda a los desafíos normativos del Estado contemporáneo.

Referencias

- BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, New York, v. 71, 2006.
- BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. 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, pp. 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*. Traducción de Pablo Lucas Verdú y 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*, Toronto, v. 49, n. 1, pp. 107-148, 2011.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto Corte de precedentes: recomprensão do sistema processual da Corte Suprema. 3. ed. en e-book basada en la 4. ed. impresa. 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. Tesis (doctorado en ciencia 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. y 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 oct. 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, pp. 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, pp. 213-237, 2015.

PEDRON, Flávio Quinaud. A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade. 2019. Tesis (doctorado en derecho) – 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, pp. 45-68, 2007.

TARUFFO, Michele; DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Precedente e jurisprudência. *Revista civilistica*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, pp. 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, pp. 59-78, jul./sep. 2017.