

93

SERIE
DOCUMENTOS DE TRABAJO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**El Rol político del supremo tribunal
federal brasileño en la modulación
de efectos de las decisiones de
control de constitucionalidad**

Eneida Desiree Salgado y
Thiago Priess Valiati

SERIE DOCUMENTOS DE TRABAJO

El Departamento de Derecho Constitucional es una de las unidades académicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Sus documentos de trabajo dan a conocer los resultados de los proyectos de investigación del Departamento, así como las ideas de sus docentes y de los profesores y estudiantes invitados. Esta serie reúne trabajos de cinco importantes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociología jurídica, la teoría y filosofía jurídica,

Las opiniones y juicios de los autores de esta serie no son necesariamente compartidos por el Departamento o la Universidad.

Los documentos de trabajo están disponibles en www.icrp.uexternado.edu.co/

Serie *Documentos de Trabajo*, n.º 93
El Rol político del supremo tribunal federal brasileño en la modulación de efectos de las decisiones de control de constitucionalidad

Eneida Desiree Salgado y Thiago Priess Valiati

Este documento puede descargarse de la página web del departamento solo para efecto de investigación y para uso personal. Su reproducción para fines diferentes, bien sea de forma impresa o electrónica, requiere del consentimiento del autor y la editora. La reproducción de los documentos en otros medios impresos y/o electrónicos debe incluir un reconocimiento de la autoría del trabajo y de su publicación inicial.

Los autores conservan los derechos de autor. La publicación de este texto se hace bajo los parámetros del *Creative Commons Attribution*. El autor del documento debe informar al Departamento de Derecho Constitucional si el texto es publicado por otro medio y debe asumir la responsabilidad por las obligaciones consecuentes.

Para efectos de citación, debe hacerse referencia al nombre completo del autor, el título del artículo y de la serie, el año, el nombre de la editora y la editorial.

© 2015, Departamento de Derecho Constitucional,
Universidad Externado de Colombia.
Paola Andrea Acosta, Editora
Calle 12 n.º 1-17 Este, Of. A-306. Bogotá, Colombia
www.icrp.uexternado.edu.co/

Presentación

Los *Documentos de Trabajo* son un espacio para la reflexión y el debate. A diferencia de otros formatos, esta serie ofrece un palco para los trabajos inacabados, para la discusión de las ideas en formación y el perfeccionamiento de los procesos de investigación. Se trata pues, de textos que salen a la luz para ser enriquecidos con la crítica y el debate antes de pasar por el tamiz editorial.

En esta colección se sumarán cinco grandes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociológica jurídica, la teoría y filosofía del derecho. Además, de poner a prueba nuestras ideas, el cometido principal de esta publicación es aportar a los debates actuales, tanto aquellos que se viven en la academia como los que resultan de la cada vez más compleja realidad nacional e internacional.

Esta publicación está abierta a todos los miembros de nuestra Casa de Estudios, profesores y estudiantes, así como a quienes nos visitan. Esperamos contar con el aporte de todos aquellos interesados en la construcción de academia.

MAGDALENA CORREA HENAO
*Directora del Departamento
de Derecho Constitucional*

PAOLA ANDREA ACOSTA A.
Editora

El Rol político del supremo tribunal federal brasileño en la modulación de efectos de las decisiones de control de constitucionalidad

The political role of the Brazilian supreme court in modulation of effects on Judicial Review Decisions

RESUMEN

En este artículo se analiza el papel político de la Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF) respecto al control de constitucionalidad. En primer lugar, se analizará el activismo judicial del STF bajo la tesis de la mutación inconstitucional del artículo 52, Inc. X, de la Constitución Brasileña. Después, se analizará la modulación de los efectos espaciales y temporales en un caso particular. Se resaltaré la mitigación de la regla general de que el fallo proferido incidentalmente en sede de recurso extraordinario afecta sólo las partes del proceso y también la flexibilización del dogma de la nulidad de la ley declarada inconstitucional ante la eficacia prospectiva de la decisión. Por último, se buscará una solución que minimice el papel político del STF y su falta de legitimidad democrática a fin de asegurar una armónica y pacífica relación con los demás poderes, claramente sin disminuir el papel del Supremo Tribunal en la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos dentro del Estado Democrático de Derecho Brasileño.

*Doctora en Derecho, con estancia posdoctoral en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesora de Derecho Constitucional y de Derecho Electoral de grado y posgrado en la Universidad Federal de Paraná/Brasil. Investigadora del Núcleo de Investigaciones Constitucionales (www.ninc.com.br). Currículo académico: <http://lattes.cnpq.br/7098767645536830>, email: desisalg@yahoo.com.br

**Candidato a Magister en Derecho del Estado en la Universidad Federal de Paraná. Especialista en Derecho Administrativo del Instituto de Derecho Romeu Felipe Bacellar. Miembro del NINC - Núcleo de Investigaciones Constitucionales de la Universidad Federal de Paraná. Abogado en Brasil. Currículo académico: <http://lattes.cnpq.br/1759063213345845>, email: thvaliati@msn.com

ABSTRACT

This article aims to analyze the political role of the Brazilian Supreme Court (STF) on judicial review. First, the judicial activism of the STF will be analyzed, in the unconstitutional mutation of the Article 52, X, of the Brazilian Constitution. Following, it will be analyzed the change of spatial and temporal effects in a concrete case. The mitigation of the understanding that the decision rendered incidentally in extraordinary appeal only affects the parties will be highlighted, and also the easing of the dogma of nullity of the law declared unconstitutional, against the prospective effectiveness of the decision. Finally, a solution that minimizes the political role of the Supreme Court and its lack of democratic legitimacy will be searched, in order to ensure a smooth and peaceful relationship with all other powers, without decreasing, however, the Court's role in the realization of citizen's fundamental rights in the Brazilian Democratic State of Law.

PALABRAS CLAVE: Control de constitucionalidad; activism judicial; Modulación de efectos.

KEY WORDS: Judicial review; judicial activism; modulation effects.

I. INTRODUCCIÓN.

El activismo en el ejercicio de la jurisdicción constitucional es un tema recurrente en la doctrina brasileña actual. El Supremo Tribunal Federal (STF) actúa, a un tiempo, como tribunal de apelación y revisión, como Juez originario para determinadas cuestiones, y también como tribunal constitucional competente para analizar el control abstracto de constitucionalidad. No es de extrañar el día de hoy, que las decisiones del STF determinen la pauta de los periódicos y la agenda de las discusiones políticas y jurídicas. Por veces el país se detiene para acompañar las discusiones entre los ministros (las cuales duran días, semanas o meses) casi como una telenovela, repleta de giros sorprendentes, villanos y justicieros. Los once ministros indicados por la Presidencia de la República, confirmados por el Senado Federal y con un mandato “vitalicio” (que en la Constitución brasileña significa hasta los 75 años), se vuelven los grandes actores políticos y algunos llegan a aparecer en las encuestas electorales como preferidos para la Presidencia de la República.

Oscar Vilhena Vieira opina que la relevancia presente del Poder Judicial se debe al avance de los textos constitucionales rígidos, con sus sistemas de control de constitucionalidad,¹ y aduce que: “la constitucionalización de

¹ VIEIRA (2008), pp. 442-443.

diversos temas, antes al margen de cualquier reglamentación jurídica, o limitados a la legislación ordinaria, aumentó las atribuciones del Supremo Tribunal Federal”.² De hecho, la Constitución brasileña de 1988 contiene un conjunto ambicioso de promesas de emancipación, de desarrollo nacional y social, que conlleva a la previsión de derechos sociales, de instituciones, de un proyecto que demanda una fuerte actuación de los poderes públicos. Además, prevé instrumentos de control de la omisión inconstitucional.

Así, es que a través del ejercicio de la jurisdicción constitucional el STF extiende paulatinamente su importancia en el Estado de Derecho brasileño, actuando ya como un actor político, especialmente cuando modula los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, indicando la mayoría de veces, una lamentable sumisión a las circunstancias fácticas del caso concreto. En esos casos, es visible la postura pragmática, “consecuencialista”, del Poder Judicial, que acaba por elegir argumentos fácticos para desplazar argumentos jurídicos.

Con dicha postura, las bases del Estado de Derecho – el equilibrio de los poderes y la construcción del ordenamiento jurídico por representantes políticos legitimados democráticamente – están en jaque. Es necesario repensar los límites de la actuación del Poder Judicial (especialmente de su cúspide) para garantizar, de hecho y de derecho, la Constitución y los derechos fundamentales.

II. EL ACTIVISMO JUDICIAL DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEÑO Y LA MODULACIÓN DE EFECTOS ESPACIALES Y TEMPORALES EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La Constitución brasileña prevé la actuación de los tres órganos de soberanía en el control de constitucionalidad: el Poder Legislativo, durante el proceso legislativo; el Poder Ejecutivo, que puede vetar el proyecto de ley por considerarlo inconstitucional; y el Poder Judicial, el cual provocado, puede apartar la aplicación de una norma a un caso concreto o retirarla del ordenamiento jurídico.

El modelo de control judicial de constitucionalidad en Brasil combina la posibilidad de declaración incidental de inconstitucionalidad (al alcance de todo magistrado o tribunal cuando del análisis de un caso concreto, llamado de control concreto y difuso) y de la declaración de inconstitucionalidad de la ley o acto normativo analizados abstractamente, realizada solamente por el STF cuando el parámetro es la Constitución federal (llamado control abstracto y concentrado). En el control concreto y difuso, los efectos en regla deberían restringirse a las partes involucradas en la relación procesal

² VIEIRA (1994), p. 18.

subjetiva (efectos *inter partes*), incluso cuando la declaración de inconstitucionalidad se da por el STF, como corte de revisión, analizando un caso concreto en un recurso extraordinario. Por otro lado, en el control abstracto y concentrado de constitucionalidad los efectos son oponibles a toda la sociedad, consistiendo en los llamados efectos *erga omnes*.

Temporalmente, por inspiración estadounidense, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en Brasil fueron siempre equiparados a la declaración de nulidad.³ La inconstitucionalidad reconocida bajo control concentrado y abstracto o en control difuso y concreto, equivale a la inexistencia de la ley, lo que – en la práctica – es poco lógico e implica un conjunto considerable de problemas respecto a los efectos producidos por la aplicación de la ley antes de la declaración de inconstitucionalidad.

La jurisprudencia y la doctrina brasileñas ya señalaban desde la Constitución de 1988 la necesidad de repensar dichos efectos⁴ y la Ley n° 9.868/1999, que reglamenta las acciones de control abstracto de inconstitucionalidad, prevé en su artículo 27 la posibilidad de manipulación temporal de los efectos bajo el siguiente tenor: “Al declarar la inconstitucionalidad de ley o acto normativo, y teniendo en cuenta razones de seguridad jurídica o de excepcional interés social, podrá el Supremo Tribunal Federal, por mayoría de dos terceras partes de sus miembros, restringir los efectos de aquella declaración o decidir que ella sólo tenga eficacia a partir de su tránsito en juzgado o de otro momento que venga a ser fijado”. Tras dicha ley, sin alteración constitucional, el STF pasó a ser el “señor del tiempo” en el control de constitucionalidad, pudiendo incluso permitir que una ley inconstitucional produzca efectos válidos hacia futuro.

La Ley n° 9.868/1999, de constitucionalidad cuestionable como se verá, no se refiere a la modulación espacial. Sin embargo, el STF viene haciendo cada vez más abstracto el control concreto y extendiendo a todos los efectos de decisiones de inconstitucionalidad proferidas en recursos extraordinarios, o sea, en control concreto y difuso. La modulación de efectos espaciales, tendencia de la jurisprudencia del STF, puede ser verificada en el fenómeno de la transcendencia de los motivos determinantes (*ratio decidendi*), que establece que no es la parte dispositiva de la decisión que produce efectos *erga omnes* (lo que sería imposible ante la ausencia de participación en el proceso), pero los fundamentos utilizados en la decisión que fueron determinantes para el resultado – lo que en verdad es casi lo mismo, pues los

³ FERREIRA (2011), pp. 157-158. Carlos Wagner Dias Ferreira destaca que la teoría de la nulidad de los actos declarados inconstitucionales logró alcanzar grande prestigio con la recepción del sistema estadounidense difuso de constitucionalidad, a partir de la Constitución Republicana de 1891, con Rui Barbosa como un de los más activos defensores de dicha sistemática.

⁴ MENDES y BRANCO (2012), p. 1215.

fundamentos son la mayoría de las veces contruidos sobre los argumentos traídos al proceso por las partes y personas que no pudieron traer sus argumentos serán afectadas por los fundamentos de una decisión de la cual no participaron.

Un caso ejemplar para ilustrar la gravedad de la modulación de efectos es la tesis de la mutación (in)constitucional del artículo 52, inciso X, de la Constitución brasileña,⁵ discutida en la Reclamación n° 4.335/AC en el STF.⁶ El artículo constitucional prevé la competencia expresa al Senado para “suspender la ejecución, en el todo o en parte, de ley declarada inconstitucional por decisión definitiva del Supremo Tribunal Federal” bajo control difuso de constitucionalidad. Como se verá, a pesar de ser una regla constitucional de competencia, el STF pretende usurpar la facultad constitucional del Senado Federal, en un activismo judicial que busca reconfigurar el diseño institucional brasileño.

El tema del activismo judicial consiste en objeto de análisis de muchos autores. Karina Ansolabehere trata de judicialización de la política y de politización de la justicia, destacando que el activismo no es homogéneo y varía de acuerdo con las características de cada país. A partir del análisis de la jurisprudencia de Argentina y México, Ansolabehere constata que la Corte Suprema de Argentina es más prudente (“*árbitro prudente*”) que la mexicana (“*árbitro asumido*”), verificando en esta una mayor intervención en el ámbito político. Dichas particularidades, para la autora, se dan en vista de las relaciones de las Cortes con las instancias inferiores del Poder Judicial: La relación más horizontal verificada en Argentina, bien como las condiciones privilegiadas de desempeño, explican la prudencia de su Suprema Corte;⁷ por otro lado, la relación vertical entre la Suprema Corte y las instancias inferiores verificada en México explican su conducta activista.⁸ La actual actuación activista del STF se acerca más a la Corte Suprema mexicana.

Ingeborg Maus, a su turno, critica la transformación del concepto de Constitución llevada a efecto por el Tribunal Federal Constitucional Alemán: De un documento de institucionalización de derechos fundamentales para un

⁵ Constitución de la República Federativa de Brasil: “**Art. 52.** Compete privativamente al Senado Federal: (...) X - suspender a la ejecución – en todo o en parte- de ley declarada inconstitucional por decisión definitiva del Supremo Tribunal Federal”.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n° 4.335/AC, decisión de 20.03.2014.

⁷ ANSOLABEHHERE (2005), p. 39-60. Subraya la autora que: “*la existencia de contrapesos internos y la preservación de la situación privilegiada se constituyen en el mecanismo fundamental de preservación de las esferas de lo jurídico tal y como están. Los costos de transgredirlos son tan altos que es preferible mantener las cosas como están*”.

⁸ ANSOLABEHHERE (2005), p. 60.

verdadero texto fundamental, como la Biblia o el Corán.⁹ Maus destaca que la ‘facultad’ de la Corte Alemana no se apoya más en el propio texto constitucional: Sobrepasa sus horizontes, fundamentándose en principios de derecho supra positivos,¹⁰ en razón de una amplia libertad de los jueces en el proceso de interpretación de la norma que flexibilizan el derecho positivo, “apelando para convenciones morales y ‘valores’”.¹¹ La autora destaca que “las garantías constitucionales escritas son contrapuestas de este modo a la reserva de las idiosincrasias no-escritas de los aparatos económicos y políticos”.¹²

Cass Sunstein también se preocupa con la amplia libertad concedida a los intérpretes judiciales de la Constitución, y propone una postura minimalista a la Suprema Corte estadounidense a través de decisiones y soluciones de casos concretos sin que las sentencias se revistan de los rasgos de una regla general.¹³

Ronald Dworkin, por otro lado, defiende la actuación de la jurisdicción constitucional al defender una lectura moral de la Constitución, postulando que los valores morales y los principios son indispensables al concepto de derecho, aunque no encuentren fundamento legal, debiendo siempre orientar la actividad jurisdiccional.¹⁴ Maus, en contraposición a Dworkin, destaca la “regresión a valores pre-democráticos” de Justicia, cuando uno se utiliza de este “derecho superior” imbuido de atributos morales que escapa de “cualquier mecanismo de control social”.¹⁵

En el escenario brasileño y en defensa de un activismo judicial “benéfico” del STF, Luís Roberto Barroso resalta que el Poder Judicial está involucrado cada vez más en la concretización de valores de la Constitución,

⁹ MAUS (2000), p. 192. “A transformação da Constituição em uma ‘ordem de valores’ confere às determinações constitucionais individuais (por meio da ‘abertura’ de suas formulações) uma imprecisão tal que é capaz de suprir voluntaristicamente os princípios constitucionais positivados”. MAUS (2000), p. 200.

¹⁰ MAUS (2000), p. 191.

¹¹ MAUS (2000), p. 200.

¹² MAUS (2000), p. 200. La autora resalta que en verdad, esta amplia libertad en el proceso de interpretación de los jueces, se esconde la voluntad de dominio y coerción estatal, constituyéndose como un verdadero obstáculo para alcanzar una política constitucional libertadora. Maus recuerda que, en ese contexto, es que la doctrina nazi se apoyaba en el anti positivismo y anti formalismo: “na literatura jurídica da era nazista tal crença aparece de modo lapidar: o juiz-rei do povo de Adolf Hitler deve libertar-se da escravidão da literalidade do direito positivo”. MAUS (2000), p. 197.

¹³ SUNSTEIN, (2005).

¹⁴ DWORKIN (1999), pp. 3 e ss.

¹⁵ MAUS (2000), p. 187. “Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática”. MAUS (2000), p. 187.

lo que demanda una interferencia más intensa en la esfera específica de los poderes políticos. El autor destaca que la postura activista del Poder Judicial puede ocurrir de diversos modos, como la aplicación directa de la Constitución a hipótesis no previstas en su texto, la declaración de inconstitucionalidad de leyes por criterios más flexibles, y la imposición de acciones o abstenciones al Poder Público, especialmente en materia de políticas públicas.¹⁶

Barroso destaca que las críticas dirigidas al activismo judicial se concentran en los riesgos para la legitimidad democrática, la indebida politización de la administración de la justicia y los límites de la capacidad institucional del Poder Judicial. Respecto a la primera crítica, aduce que el rol de los magistrados como intérpretes mayores de la Constitución no puede suprimir la democracia fundada en el gobierno de la mayoría ni el papel del Poder Legislativo.¹⁷ A pesar de enumerar dichas críticas, el autor destaca que el activismo judicial viene siendo parte de la solución y no del problema, resaltando que eventualmente la actuación contra-mayoritaria del STF se dará a favor y no contra la democracia, desde que el Tribunal acate las elecciones legítimas hechas por los legisladores para que el activismo no sea ejercido en “dosis excesiva”, pues “hay riesgo de morir en la cura”.¹⁸

Leer, a partir de una auto concedida facultad de manipular espacialmente los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, que el Senado Federal perdió la facultad de suspender la ley declarada inconstitucional en un caso concreto sin duda es una dosis excesiva. Considerar la ocurrencia de mutación constitucional de una regla de competencia por el propio agente beneficiado no parece ser una conducta prudente del STF, ni que respete las decisiones legítimas y democráticas del Parlamento.

Gilmar Mendes, profesor de Derecho Constitucional y Ministro del Supremo Tribunal Federal desde 2002, resalta que la eficacia general

¹⁶ BARROSO (2012a), p. 6. En este contexto, Luís Roberto Barroso mantuvo distinción entre la judicialización y el activismo judicial. En cuanto a la judicialización, se señala que esta se compone de una condición que resulta del modelo adoptado por el sistema jurídico patrio, más que de un ejercicio de voluntad política. Pero el activismo judicial, al contrario, se compone de una actitud, en una elección de la interpretación de la Constitución con el fin de ampliar su sentido y alcance. Barroso insiste en que el activismo judicial generalmente se instala en períodos de retracción por parte del Legislativo, donde existe una brecha entre la clase política y la sociedad civil, por lo que las demandas de la sociedad pueden no ser alcanzadas efectivamente.

BARROSO (2012a), p. 6.

¹⁷ BARROSO (2012a), p. 10-12. Pues, “juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capaz de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição”. BARROSO (2012), p. 12.

¹⁸ BARROSO (2012a), p. 19.

generada por la suspensión por el Senado Federal de la ley declarada inconstitucional perdió grande parte de su significado después de la introducción del control abstracto de constitucionalidad y, por lo tanto, sufrió mutación constitucional.¹⁹ El autor entiende que hoy en día la previsión del artículo 52, Inc. X, de la Constitución, sirve no más que para dar publicidad a la decisión del STF, pues los ministros podrían, por sí, dar efectos *erga omnes* a su dictamen.²⁰

Sepúlveda Pertence votó por la preservación del texto original del artículo cuando del juzgamiento de la Reclamación n° 4.335/AC al lado de Joaquim Barbosa y Ricardo Lewandowski y contrariamente a Gilmar Mendes y Eros Grau. Para Pertence, la decisión proferida por el STF bajo control difuso y concreto de constitucionalidad debería producir efectos limitadamente entre las partes del proceso, como siempre ocurrió. Para el magistrado, el artículo 52, Inc. X, regula una expresa y tradicional facultad de un órgano del Poder Legislativo; y resaltó: “yo no sé si es vejez, pero sé que me pareció más heterodoxo de que sería permitido decir que dicha función del Senado es de dar publicidad a la decisión del Supremo Tribunal (...)”.²¹

En el mismo sentido Sepúlveda Pertence y Ricardo Lewandowski votaron por mantener el significado original del artículo que regula el papel del Senado en el control difuso de constitucionalidad. Según Lewandowski: "Lo que me parece muy delicado es que la separación de poderes es una cláusula pétrea. No podemos, por una interpretación judicial, limitar las facultades expresamente concedidas por el constituyente al Senado Federal Constitucional".²²

¹⁹ MENDES (1999), p. 394.

²⁰ MENDES y BRANCO (2012), p. 1208.

²¹ PERTENCE (2007).

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n° 4.335/AC, decisión de 20.03.2014. A su vez, el voto del Ministro Luis Roberto Barroso en el juicio en cuestión es curioso. Por un lado, se reconoce que el dispositivo que regula el papel del Senado en la revisión judicial es anticuado, gran parte debido a la relevancia que los precedentes asumen gradualmente. Barroso destaca que "las decisiones del Pleno Supremo, sobre todo en materia constitucional, deberán ser, como regla general, de observancia obligatoria. Por lo tanto, estoy a favor de que las decisiones tomadas por la mayoría absoluta del Plenario Supremo tengan la fuerza de un precedente que debe ser respetado en general". Por otra parte, Barroso reconoce los límites establecidos en la Constitución y destaca que a pesar de la importancia del efecto vinculante de lo anterior, el art. 52, Inc. X, no sufrió ninguna mutación constitucional: “me parece, como un límite a este proceso de mutación constitucional, la textualidad de las disposiciones constitucionales. (...) No creo que sea una buena solución constitucional someter una decisión del Supremo Tribunal Federal a una resolución política del Congreso. No creo que sea una solución feliz. Pero esa, en mi opinión, es la que figura en la Constitución. Y creo que, dado el impasse que se ha creado, se estableció un diálogo institucional entre el Supremo y el Congreso Nacional”. Esta es la misma conclusión alcanzada por la ministra Rosa Weber:

Por lo tanto, no debe prosperar la tesis de mutación constitucional. Oscar Vilhena Vieira aduce que este cambio “consustanciase en nuevo direito constitucional, en la medida en que es abalizada por el Supremo Tribunal Federal”.²³ El autor sustenta que la referida mutación afectaría la relación entre los poderes al relativizar una regla constitucional de facultades del Senado Federal, destacando que “no se trata, de esta manera, de cualquier cambio constitucional sino más bien un cambio de dispositivo, en principio, protegido por el artículo 60, § 4, fracción III de la Constitución Federal”.²⁴

Para Alberto Dalla Via, el problema del activismo judicial no se encuentra en el carácter político de las materias que son llevadas al Poder Judicial para decidir, pero sí en las materias que la Constitución específicamente reserva al ejercicio de otros poderes – como en el caso bajo examen. El autor destaca: “lo que define que una materia esté fuera de la revisión judicial no es la substancia política de la misma, sino que no se afecte la división de poderes al inmiscuirse en la esfera propia de otro poder”.²⁵

Lenio Streck destaca que la manutención del sentido original del artículo 52, Inc X, se conecta a la propia sobrevivencia del controle difuso de constitucionalidad en el derecho brasileño. “No por diletantismo académico-intelectual, y si por la objetiva y simple razón de que la Constitución de la República posee determinación expresa sobre el papel del Senado en este sentido y que no fue revocada”.²⁶ Con efecto, el autor resalta que no se trata de la defensa de la “tradición por la tradición”, pero de alejar una grave lesión al Derecho y al sistema de garantías constitucionales.²⁷

“También tengo dificultad porque no consigo separar las ataduras del texto de la constitución federal, en la misma línea que voté en la pérdida del mandato. Entiendo que el texto literal - un aspecto que fue muy bien resaltado por el ministro de Luís Roberto - no me permite llegar a la conclusión de la mutación constitucional, porque sería una mudanza. Tendríamos que llegar a una modificación de la misma norma legal, y entiendo que hay ataduras constitucionales”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n° 4.335/AC, decisión de 20.03.2014.

²³ VIEIRA (2008), p. 456.

²⁴ VIEIRA (2008), p. 456.

²⁵ DALLA VIA (2005) p. 27. El autor señala que en el pasado se ha hablado de la judicialización de la política y la politización de la justicia como expresiones adecuadas para describir la relación de los poderes políticos en el entorno judicial, y viceversa, haciendo hincapié en que la justicia exhibe un activismo a través del control de materias propias del territorio político. Sin embargo, el autor hace la salvedad de que los problemas políticos no pueden resolverse sólo en el contexto específico del poder político, teniendo en cuenta que el poder judicial tiene su propia esfera de acción, que es la de resolver las demandas y disputas jurídicas sometidas a su competencia con fuerza de verdad legal. DALLA VIA (2005) pp. 27-28.

²⁶ STRECK, OLIVEIRA y LIMA (2007), p. 9.

²⁷ STRECK, OLIVEIRA y LIMA (2007), p. 9. En el mismo contexto, los autores critican la tesis del Gilmar Mendes que el art. 52, Inc. X, sufrió mutación constitucional, señalando que:

El núcleo material de la Constitución no puede sufrir modificación constitucional, incluyéndose las facultades constitucionales en dicho núcleo. La atribución de fuerza constituyente a la mutación constitucional y la ausencia de reconocimiento de límites conllevan a la quiebra de la idea de Constitución.²⁸

Cabe destacar en ese punto, la diferencia existente entre mutación constitucional y la llamada “mutación inconstitucional”. Anna Cândida da Cunha Ferraz destaca que la primera ocurre cuando se atribuye un nuevo significado al texto constitucional, cuando es dada a la norma un carácter más amplio o aún un nuevo contenido, y cuando son colmadas lagunas del texto constitucional.²⁹ Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las hipótesis de interpretación son vinculadas a las posibilidades de la norma, no pueden admitir contenidos que la contraríe. “Las enmiendas aceptadas por el marco regulatorio en la aplicación de la norma no puede admitir contenidos contrarios a las normas no pueden ser aceptados como ‘realidad constitucional’, o la constitución a cabo.”³⁰ Para Anna Cândida da Cunha Ferraz, la interpretación que escapa de esto afronta la Constitución y configura una “mutación inconstitucional”.³¹

Lenio Streck es más radical: no admite ninguna posibilidad de mutación constitucional. Para el autor, el instituto presenta un grave problema hermenéutico y de legitimidad de la jurisdicción constitucional, resaltando que el rol de los tribunales en una democracia no es lo de legislar. El autor apunta que “en determinadas situaciones, mutación constitucional puede

“decidir – como quer, a partir de sofisticado raciocínio, o Min. Gilmar Mendes – que qualquer decisão do Supremo Tribunal em controle difuso gera os mesmos efeitos que uma proferida em controle concentrado (abstrato) é, além de tudo, tomar uma decisão que contraria a própria Constituição”. STRECK, OLIVEIRA y LIMA (2007), p. 9.

²⁸ SALGADO (2012).

²⁹ FERRAZ (1986), p. 56-58. La autora señala que: “se essa mudança de sentido, alteração de significado, maior abrangência da norma constitucional são produzidas por via da interpretação constitucional, então se pode afirmar que a interpretação constitucional assumiu o papel de processo de mutação constitucional. Em resumo, ocorre mutação constitucional por via de interpretação constitucional quando, por esse processo, se altera o significado, o sentido ou o alcance do texto constitucional, sem que haja modificação na letra da Constituição.” FERRAZ (1986), p. 57.

³⁰ SALGADO (2010), pp. 97-98.

³¹ FERRAZ (1986), p. 242. La autora subraya que las mutaciones que violen la Constitución toman múltiples formas, citando como ejemplo las interpretaciones inconstitucionales, administrativas y legislativas y las costumbres y prácticas que ofenden a la Constitución, resaltando que tales procesos se oponen a la mutación constitucional. Por otra parte, el autor cita también algunos procesos (que puede ser violentos o no) que causan “mutaciones múltiples inconstitucionales”, como la suspensión de la Constitución, la ilegitimidad del ejercicio del poder y la supresión del texto constitucional.

significar, equivocadamente, la substitución del poder constituyente por el Poder Judicial”.³²

Así, el entendimiento más acertado es el de que el artículo 52, Inc. X, de la Constitución brasileña no sufrió mutación constitucional, pues el texto normaliza una facultad expresa del Senado Federal en el control de constitucionalidad. Cuando el STF extiende los efectos de la inconstitucionalidad para toda la colectividad en sede de controle difuso y concreto de constitucionalidad, sin observar el papel del Senado, dicha conducta caracteriza un activismo judicial que redefine el diseño institucional.

Una muestra de la audacia del STF en la redefinición de las opciones constituyentes, con el uso exacerbado de la modulación de efectos en el control de constitucionalidad, está en el Recurso Extraordinario n° 197.917.

III. LA MODULACIÓN DE EFECTOS ESPACIALES Y TEMPORALES REALIZADA POR EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EN EL RECURSO EXTRAORDINARIO N° 197.917/SP

La modulación de efectos espaciales y temporales en el control de constitucionalidad en toda su dimensión es verificable en el Recurso Extraordinario n° 197.917, ante la teoría de la transcendencia de los motivos determinantes.

En el caso – una acción civil pública presentada por el Ministerio Público contra la fijación del número de once concejales por la Ley Orgánica del Municipio de Mira Estrela – el STF determinó, por provocación de la Procuraduría General de la República, la extensión de los efectos a todos los municipios de Brasil, que siquiera conocían la acción. Además, el Tribunal moduló los efectos de la declaración de inconstitucionalidad para el futuro, con fundamento en la seguridad jurídica de las relaciones sociales e en el principio de la buena fe.³³ El papel político ejercido por el STF es evidente en el caso.

El texto constitucional brasileño en su artículo 29, Inc. IV, “a”, establecía, originalmente, que la determinación del número de concejales se daría por Ley Orgánica, “*proporcionalmente a la población del Municipio, observados los límites de mínimo de nueve y máximo de veintiuno en los municipios de hasta un millón de habitantes*”. La Ley Orgánica del Municipio de Mira Estrela preveía once concejales para una población de un

³² STRECK, OLIVEIRA y LIMA (2007), pp. 18-19.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n° 197.917/SP, decisión de 06.06.2002.

poco más de dos mil y seiscientos habitantes, por lo tanto, dentro de lo señalado por la Constitución.

El Ministerio Público presentó una acción civil pública, acción colectiva que busca proteger en patrimonio público y social, el medio ambiente y otros intereses difusos y colectivos (artículo 129, Inc. III, de la Constitución Brasileña). La declaración de inconstitucionalidad no es su objeto principal y se trata de un proceso subjetivo, con partes determinadas. La declaración de inconstitucionalidad en el análisis de casos concretos se da de manera incidental, y como ya afirmado, produce efectos exclusivamente entre las partes de la demanda judicial, aunque cuando la decisión provenga del STF como corte de revisión, en sede de recurso extraordinario (control difuso y concreto de constitucionalidad).

La inconstitucionalidad de la Ley Orgánica de Mira Estrela no era evidente, pues no había ofensa directa al texto constitucional. Sin embargo, en un dictamen indiscutiblemente creativo, el Supremo Tribunal Federal decidió que el número de once concejales no observaba la proporcionalidad implícita del criterio constitucional. Estipuló, asimismo, una tabla de correspondencia entre el número de habitantes y el número de concejales y determinó al Tribunal Superior Electoral la edición de una resolución (que tomó el número 21.702/04) para fijar el número de concejales en todos los 5.570 municipios del país (que no participaron de la discusión procesal ni presentaron sus razones), ignorando totalmente la facultad constitucional de los poderes legislativos municipales para hacerlo. Como medida de seguridad jurídica, dispuso que la declaración de inconstitucionalidad no equivaldría al reconocimiento de nulidad de la norma (regla general en el Derecho brasileño), pero generaría solo efectos *pro futuro*, para las elecciones municipales siguientes. El Poder Legislativo respondió al avance del STF con la Enmienda n° 58/2009 a la Constitución, estableciendo otra proporcionalidad para la fijación del número de concejales por Ley Orgánica municipal.

Además de caracterizar una conducta activista, la extensión de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad para todos los municipios de Brasil comprende otro grave problema: Se ignora la participación de los demás afectados por la decisión. Un dictamen que no considera las razones de los destinatarios de sus efectos ni tampoco les permite emitir su opinión no disfruta de cualquier especie de legitimidad democrática, y ofende los principios constitucionales que garantizan el debido proceso legal, la contradicción y la amplia defensa.

Peter Häberle, defensor de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución, postula que todos los individuos que viven en el contexto de una norma constitucional son, directa o indirectamente, intérpretes de esa norma. Así, “el destinatario de la norma es participante activo, mucho más

activo de lo que se puede suponer tradicionalmente, del proceso hermenéutico”.³⁴ J. J. Gomes Canotilho, al tratar de la introversión de la legitimidad procesal constitucional, también critica la sociedad poco abierta a pluralidad de intérpretes de la Constitución. Para el referido autor – defensor de un discurso racional democráticamente fundado – deben ser intensificadas las hipótesis de intervención plural en los procesos de control de constitucionalidad de los actos normativos. Según Canotilho, “Un proceso tendencialmente democrático en la creación de normas de acción no es ajustable a un proceso estatalmente monopolizador de dinamización del control”.³⁵ En el mismo sentido, pondera Estefânia Maria de Queiroz Barboza al concluir: “Se puede, aún, perseguir un mayor debate en el fórum de la jurisdicción constitucional, ampliando la comunidad de intérpretes de la Constitución, como forma de ampliar la discusión deliberativa allí instaurada”.³⁶

Por lo tanto, la ausencia de los demás destinatarios de la decisión en la relación procesal – todos los otros, más de cinco mil municipios brasileños – macula la legitimación constitucional democrática del dictamen.

Asimismo, vale recordar que el modelo difuso de control de constitucionalidad deriva de la influencia del derecho estadounidense, basado en el *common law*, dónde existe la figura del *stare decisis*, la idea de que los juzgados de un tribunal superior vinculan todos los demás en el ámbito de su jurisdicción.³⁷ Así, el control difuso de constitucionalidad allá produce efectos *erga omnes* en virtud de la lógica propia del sistema del *common law*. Por otro lado, el derecho brasileño se filia al sistema del *civil law*, vinculado a los preceptos normativos y no, necesariamente, a precedentes. Por lo tanto, para la producción de efectos *erga omnes* en el sistema brasileño el instrumento más adecuado es la acción directa propuesta ante el Supremo Tribunal Federal (control concentrado y abstracto de constitucionalidad).³⁸

El control difuso y concreto de constitucionalidad estadounidense produce efectos *erga omnes*, por vinculación a los precedentes, también por la inexistencia de un control concentrado. En Brasil, el sistema de control es

³⁴ HÄBERLE (1997), p. 15.

³⁵ CANOTILHO (1997), pp. 880-81.

³⁶ BARBOZA (2007), p. 208.

³⁷ Respecto al sistema estadounidense, Regina Maria Macedo Nery Ferrari afirma: “assim, a sentença tem efeito entre as partes litigantes e é, para elas, que adquire a força de coisa julgada; porém, além desse efeito, que só afeta as partes, as sentenças judiciais naquele país se revestem de uma ampla autoridade, em razão do princípio do *stare decisis*, isto é, quando um caso é resolvido pela Corte, tal decisão passa a ser observada fielmente por ela e pelos tribunais subordinados, nas decisões futuras de controvérsias análogas”. FERRARI (2004), p. 187.

³⁸ BARROSO (2012b), pp. 70-72.

mixto (control difuso y concentrado), lo que conlleva a la inadecuación de manipulación espacial de efectos por la vía difusa y concreta.

Lenio Streck destaca la necesaria diferenciación entre las dos formas de control de constitucionalidad al resaltar que “no hay como imaginarse que los efectos del control concentrado sean extensivos al control difuso, de forma automática”.³⁹ Así, la norma del artículo 52, Inc. X, de la Constitución solo posee sentido si efectuado un análisis del sistema constitucional brasileiro de control de constitucionalidad (control mixto). “Por lo tanto, parece obvio que, si se entendiese que una decisión en sede de control difuso tiene la misma eficacia que una proferida en control concentrado, caería por tierra la propia diferencia”.⁴⁰ Con efecto, la nítida diferencia entre los efectos – *erga omnes* en el control concentrado, e *inter partes* en el control difuso –, dice respecto a la propia supervivencia del sistema mixto de control de constitucionalidad brasileiro.

En el mismo sentido en relación con la necesaria distinción entre las dos formas del control de constitucionalidad en virtud de la ley brasileña, dijo el ministro Marco Aurelio en su voto en la sentencia de la Reclamación n° 4335 / AC: “El sistema reserva dos tipos de control: el difuso, dicho concreto, y el concentrado, tomado como abstracto. Pregunto: ¿podemos extender al control difuso la eficacia *erga omnes*? Si lo hacemos, estaremos barajando los dos controles y dándoles la misma consecuencia jurídica y constitucional”.⁴¹

Al lado de la modulación de los efectos espaciales en el control difuso de constitucionalidad, existe la polémica de la modulación de los efectos temporales. La regla adoptada en el derecho brasileiro respecto de los efectos temporales de la decisión que decreta la inconstitucionalidad consiste en la nulidad absoluta de la ley inconstitucional, operando efectos retroactivos (*ex tunc*). Zeno Veloso acentúa que dicha solución es una consecuencia lógica del orden constitucional porque “al admitirse algún efecto a la ley declarada inconstitucional, ella habría revocado la Constitución, lo que es absurdo y compromete toda la estructura escalonada de nuestro sistema jurídico”.⁴²

Sin embargo, la teoría de la nulidad de la ley inconstitucional ya venía siendo mitigada por la doctrina y por la jurisprudencia, tanto en sede de control concentrado, a través de las acciones abstractas de inconstitucionalidad, como en sede de control difuso, por recursos extraordinarios. André Ramos Tavares, por ejemplo, subraya que la anulación de determinadas leyes puede provocar daños mucho más graves

³⁹ STRECK, OLIVEIRA y LIMA (2007), p. 7.

⁴⁰ STRECK, OLIVEIRA y LIMA (2007), p. 7.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n° 4.335/AC, decisión de 20.03.2014.

⁴² VELOSO (1994), p. 185.

que la permanencia de la inconstitucionalidad en un ordenamiento jurídico constitucional.⁴³

El artículo 27 de la Ley nº 9.868/99 consolidó la mitigación de la nulidad de los actos normativos declarados inconstitucionales. Primeramente aplicable solamente al control concentrado, el STF, desde el juicio del Recurso Extraordinario nº 197.917, afianzó el entendimiento sobre la posibilidad de incidencia del dispositivo en el control difuso de constitucionalidad.⁴⁴ Con efecto, el requisito material constante en el comando (existencia de seguridad jurídica o excepcional interés social) consiste en un concepto jurídico indeterminado que exige una “inexorabilidad de un juicio de valores sobre el caso concreto”.⁴⁵

Luciano Elias Reis admite la mitigación de la teoría de la nulidad del acto normativo inconstitucional, pero resalta que la modulación de los efectos temporales por el STF debe ser realizada de modo criterioso conforme el caso concreto, con el objetivo de evitarse la banalización del instituto y, aún, debe ser exigida una motivación explícita y bien fundamentada en el dictamen, ante la apertura que los conceptos de seguridad jurídica que el excepcional interés social permiten.⁴⁶

En el caso bajo análisis – el Recurso Extraordinario nº 197.917 de Mira Estrela – el Supremo Tribunal Federal, además de extender la eficacia del dictamen para todos los Municipios del país, decidió atribuir la eficacia prospectiva prevista en el artículo 27 de la Ley nº 9.868/99. Al decidir por la reducción del número de concejales de Mira Estrela, el Supremo Tribunal entendió que la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica solamente valdría para la legislatura siguiente, fundamentando la decisión en la exigencia de seguridad jurídica y en la potencial amenaza a la estabilidad del sistema legislativo que podría devenir de la declaración de nulidad *ab ovo*. El activismo judicial se verifica igualmente aquí, pero ahora respecto a los efectos temporales, permitiendo la supervivencia de la ley declarada inconstitucional.

En el juicio de la Reclamación nº 4335 / AC esta postura activista del STF queda muy evidente en un pasaje del ministro Gilmar Mendes: En “el caso de Mira Estrela, por ejemplo, dijimos - y hasta que llamamos el TSE para que promulgase una resolución - que la decisión será válida sólo para la próxima legislatura, en relación con este caso y muchos otros que son idénticos”. Es decir, los propios Ministros toman esta postura activista y la exclusión del papel del Senado para decidir el control difuso de

⁴³ TAVARES (2010).

⁴⁴ RAMOS (2010), pp. 207-208.

⁴⁵ REIS (2010).

⁴⁶ REIS (2010).

constitucionalidad, haciendo hincapié en varias ocasiones que “la decisión es nuestra”. En palabras del ministro Gilmar Mendes: “Cuando hay modulación de efectos inevitablemente, estamos asumiendo, vea - independientemente de la consulta al Senado y su participación - que la decisión - y la decisión es la nuestra - trasciende el caso particular”.⁴⁷

Y ¿cómo admitir que un acto normativo ya declarado inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal continúe a producir efectos en el orden jurídico constitucional? ¿La modulación de efectos *pro futuro* no sería admitir la inferioridad del texto constitucional ante leyes ordinarias? ¿No sería suspender la supremacía constitucional?

Sepúlveda Pertence afirma la inconstitucionalidad del artículo 27 de la Ley nº 9.868/1999. En primer lugar, invoca la inconstitucionalidad formal del artículo, resaltando que la materia no podría ser regulada por ley ordinaria, pues el Congreso Nacional ya rechazó más de una vez la reglamentación del tema por enmienda constitucional. En segundo lugar, Pertence destaca su inconstitucionalidad material, evidenciando la incompatibilidad de la modulación de efectos temporales con el sistema de control difuso de constitucionalidad. El autor teme por la banalización de la posibilidad, especialmente si su utilización es fundamentada en razones de Estado y dificultades financieras que algunas decisiones pueden exigir.⁴⁸

En el mismo sentido, Elival da Silva Ramos defiende la inconstitucionalidad del artículo 27, resaltando ser necesario que el propio texto constitucional discipline la excepción a la teoría de la nulidad absoluta de la ley inconstitucional, ante la condición de principio implícito del Derecho Constitucional brasileño.⁴⁹ El constitucionalista niega aun la posibilidad de utilización del artículo 27 de la Ley nº 9.868/99 en el control difuso de constitucionalidad, criticando expresamente su aplicación en el Recurso Extraordinario de Mira Estrela: Para el autor, no había necesidad del Supremo Tribunal invocar la justificativa de grave amenaza a todo el ordenamiento jurídico, pues se trataba de un caso concreto restringido al parlamento municipal de una pequeña ciudad. De ese modo, Elival Ramos destaca el activismo judicial, donde la Corte se aprovechó de un caso de menor repercusión para consolidar un precedente para la utilización de la

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4.335/AC, decisión de 20.03.2014.

⁴⁸ PERTENCE (2007).

⁴⁹ RAMOS (2010), p. 236-37. En ese contexto, Elival Ramos aduce que: “se a atribuição de invalidez absoluta (*ope jure e ab initio*) à lei inconstitucional decorre de princípio constitucional implícito, impõe-se acatar o corolário lógico de que somente norma dotada de igual hierarquia pode fundamentar soluções que, em abstrato ou em concreto, atenuem as consequências do princípio da nulidade”. RAMOS (2010), p. 236.

modulación temporal y, así, “tornar ‘vencida’ la discusión sobre su candente inconstitucionalidad”.⁵⁰

Elival Ramos critica frontalmente la actuación reciente del Supremo Tribunal, destacando el abuso por parte de la Corte en el uso de la modulación. Sin embargo, el autor reconoce la utilidad de la técnica de modulación temporal, reconociendo la inadecuación de la decisión que decreta la nulidad absoluta del acto normativo inconstitucional sin observar los efectos fácticos producidos por la norma. Pero, eso “no justifica que el guardián más grande de la Constitución preste vasallaje a los hechos (por más impactantes que sean), sin hacerlo con apoyo en el instrumental jurídico que le baliza la actuación”.⁵¹

Así siendo, la jurisdicción constitucional debe declarar la inconstitucionalidad de determinado acto normativo solamente cuando sea manifiesta su afronta al texto constitucional; y la técnica de modulación temporal de efectos sólo puede ser accionada cuando sea absolutamente evidente su necesidad.

No son pocos los actos normativos innegablemente inconstitucionales. Empero, de forma paradójica, muchas de las inconstitucionalidades encuentran el silencio del Supremo Tribunal, que termina – por lamentable subordinación a los hechos – siendo complaciente con diversas decisiones políticas manifiestamente incompatibles con la Constitución, y reactivo con otras, en una selección de las inconstitucionalidades “aceptables”, según sus propios criterios. De esa manera, se observa que el Supremo Tribunal Federal, de forma pragmática, interviene cuando le es conveniente, sin fuerte respaldo constitucional ni fundamentación jurídica en la grande mayoría de los fallos, como ocurrió con Mira Estrela, en que la el STF parece haber actuado para pacificar la discusión sobre la inconstitucionalidad del artículo 27 de la Ley n° 9.868/99.⁵²

La modulación temporal de efectos no puede ser ignorada. Sin duda es de una imperativa necesidad para la preservación de las relaciones fácticas pautadas en la buena-fe y ocurridas bajo la ley declarada inconstitucional. Sin embargo, la utilización desmedida y banal de la técnica, principalmente cuando se utiliza la eficacia prospectiva, debe ser combatida. Así, la razón parece estar con Elival Ramos cuando afirma ser injustificable que el Supremo Tribunal Federal se subordine a los hechos en lugar de sujetarse a la Constitución.⁵³

⁵⁰ RAMOS (2010), p. 242.

⁵¹ RAMOS (2010), pp. 243-245.

⁵² SALGADO (2010), p. 88.

⁵³ RAMOS (2010), p. 245. Del mismo modo, Lenio Streck, al comentar la decisión preliminar del Ministro Luis Roberto Barroso del STF en el caso Donadon (en la que se decidió la suspensión preliminar de la decisión de la Cámara que optó por la no casación del

Y fue exactamente lo que pasó en el Recurso Extraordinario n° 197.917, cuando el Supremo Tribunal postergó la eficacia de la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica de Mira Estrela solamente para la legislatura siguiente (modulación temporal de efectos) y, más, influenció la extensión de los efectos para toda la colectividad (modulación espacial de efectos), por la Resolución n° 21.702/04 del Tribunal Superior Electoral.

IV. LA CREACIÓN DE UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN BRASIL COMO SOLUCIÓN PARA EL ACTUAL MODELO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Durante la construcción de la Constitución de 1988 fue rechazada la instauración de un Tribunal Constitucional exclusivo en Brasil. José Afonso da Silva, al elaborar su proyecto de constitución, defendió la creación de un Tribunal de Garantías Constitucionales para el ejercicio de la jurisdicción constitucional, manteniendo el Supremo Tribunal Federal solamente como corte de apelación final. En su propuesta, el Tribunal Constitucional sería compuesto de quince jueces, electos por los tres poderes estatales, verificándose una composición más democrática que la estructura actual del Supremo Tribunal.⁵⁴

Oscar Vilhena Vieira también postula la división de las actuales funciones del Supremo Tribunal Federal, pero no hace referencia a la formación de un Tribunal Constitucional independiente. El autor constata que la Constitución brasileña atribuye competencias al Supremo Tribunal que, en la mayoría de los países están distribuidas en por lo menos tres instituciones: tribunales constitucionales, foros judiciales especializados y tribunales de recurso de última instancia.⁵⁵ Vieira destaca así que esa concentración de funciones contribuye para expandir la autoridad – creciente – de la Corte, implicando una “supremocracia”. El término “supremocracia” se refiere, en primer lugar, a la autoridad del STF en relación con otros órganos del poder judicial, y en segundo lugar, a la expansión de la autoridad de la Corte, a expensas o en detrimento de otros poderes del Estado. Respecto a esto último, el autor pone de relieve los problemas que afectan la labor del Supremo sobre cuestiones de carácter sustantivo, reemplazando a menudo las decisiones mayoritarias hechas en la esfera política.⁵⁶

mandato parlamentario), también crítica de la subordinación de la corte a la realidad fáctica objetiva. Streck señala que en ese caso: “decidiu e depois buscou o fundamento. A argumentação utilizada não foi a condição de possibilidade. Foi, na verdade, apenas uma capa de sentido (...) No caso do MS 32.326, o ministro Barroso utiliza-se dos métodos como eles são, na prática, quase sempre aplicados: como argumentos retóricos para justificação da decisão”. STRECK (2013).

⁵⁴ SILVA (sin fecha).

⁵⁵ VIEIRA (2008), p. 447.

⁵⁶ VIEIRA (2008), pp. 444-445.

En ese sentido, Vieira resalta que la actuación del Supremo Tribunal como corte de apelación consiste, estadísticamente, en la mayor parte de su actividad. “Desde 1988, fueron más de un millón de recursos extraordinarios y *agravios de instrumento* apreciados por once jueces, lo que significa 95,10% de los fallos distribuidos y 94,13% de los fallos juzgados...”.⁵⁷ El autor defiende, de ese modo, que una agenda más restricta de casos podría mejorar substancialmente la calidad del proceso deliberativo del Tribunal.⁵⁸

La constatación de que el Supremo Tribunal Federal no es efectivamente una Corte Constitucional es confirmada por los estudios desarrollados por la Facultad de Derecho de la Fundación Getulio Vargas – Rio de Janeiro, que demostraron que “la *persona* constitucional del Supremo siempre tuvo una participación pequeña si comparada a las demás. El relato demuestra que sus procesos nunca representaron más de 3% del total.” Asimismo, el estudio destaca que “la última de las *personas* a ser analizada es la de recursos, responsable por el mayor volumen procesal del STF, respondiendo por casi 92% de los fallos”.⁵⁹

Además, John Hart Ely ya destacaba que el problema del control judicial de constitucionalidad es que “un órgano que no fue electo, o que no es dotado de ningún grado significativo de responsabilidad política, dice a los representantes electos por el pueblo que ellos no pueden gobernar como desean”.⁶⁰

La cisión de las actuales funciones del Supremo Tribunal Federal, concediendo el ejercicio del control concentrado exclusivamente a un Tribunal Constitucional, parece ser el mejor camino tanto del punto de vista estadístico, perfeccionando el proceso deliberativo de la Corte, como del punto de vista de la legitimidad democrática, a través de una participación más plural en su composición. Por lo tanto, al Tribunal Constitucional sería atribuido, de forma exclusiva, el ejercicio de la actividad política – o sea, competencia exclusiva para el control concentrado de constitucionalidad y también para el ejercicio de la técnica de modulación temporal de efectos –, pues tendría legitimidad para dicha función, en los términos de la idea originaria de José Afonso da Silva, ya referida.

Con efecto, el ejercicio exclusivo de la jurisdicción constitucional por parte del Tribunal Constitucional posibilitaría la convivencia pacífica de los controles difuso y concentrado, en la medida en que el Supremo Tribunal Federal, en razón de poseer actualmente competencia para el ejercicio de ambas formas de control, acaba por confundir la eficacia de los dos modelos,

⁵⁷ VIEIRA (2008), p. 449.

⁵⁸ VIEIRA (2008), p. 458.

⁵⁹ DIREITO FGV (2011).

⁶⁰ ELY (2010), p. 8.

aplicando equivocadamente efectos *erga omnes* en el control difuso de constitucionalidad. La separación en dos órganos privilegiaría el sistema *mixto* de control de constitucionalidad brasileño.

La modulación temporal de efectos, asumiendo su naturaleza político-pragmática, sería operada exclusivamente por el Tribunal Constitucional en el control concentrado de constitucionalidad, excluyéndose la posibilidad del Supremo Tribunal, como corte máxima de apelación del Poder Judicial brasileño, de ejercer la técnica en sede de recurso extraordinario en el control difuso.

Cuando se mostrara necesario, sin embargo, el uso de la técnica en sede de control difuso de constitucionalidad debido a circunstancias de hecho, como se ha señalado; la posibilidad de la remisión del caso al Tribunal Constitucional podría ser discutida, que, de forma incidental aplicaría la técnica de la modulación de los efectos en el tiempo y resolvería el problema. Por lo tanto, esta medida favorecería una composición más democrática de la Corte Constitucional y eliminaría la posibilidad de ejercicio político por parte del Poder Judicial brasileño.

Por ende, con la creación de un Tribunal Constitucional, el problema de la legitimidad democrática para el ejercicio de la jurisdicción constitucional podría ser minimizado con la adopción de mandatos temporales de sus miembros y con una participación más efectiva del Poder Legislativo en la elección de sus magistrados.⁶¹

V. CONCLUSIÓN.

Se destacó en el presente artículo que la adopción de la eficacia *erga omnes* en el control difuso de constitucionalidad brasileño es inadecuada, pues se trata de una competencia constitucional explícita concedida al Senado

⁶¹ Con el fin de mejorar y perfeccionar el sistema de control de constitucionalidad del sistema judicial brasileño, Virgílio Afonso da Silva destaca la posibilidad de diálogo y deliberación entre las potencias, señalando que: “si se supera essa dualidade radical e se se tem em mente que a decisão do Judiciário não é necessariamente a última palavra sobre o assunto, mas pura e simplesmente uma parte de um diálogo incessante, talvez seja possível conciliar ambas as posições”. La dualidad rechazada por Virgilio se refiere al excesivo poder de los jueces, por un lado y por otro lado la idea de que los jueces no pueden invadir la esfera del Poder Legislativo. Virgilio señala que “o necessário é encarar o controle de constitucionalidade como algo que ‘não é mero processo’. Isso significa que, enquanto a discussão continuar a ser um debate sobre a criação de novas ações judiciais, o debate não progredirá. Controle de constitucionalidade é ‘parte do jogo democrático’, é algo muito mais complexo do que mero procedimento judicial”. SILVA (2009). De hecho, la creación de un Tribunal Constitucional, de la propuesta del padre de Virgilio, parece una buena manera de mejorar el diálogo entre los poderes en el estado de Derecho brasileño, lejos de la dualidad rechazado por Virgílio Afonso da Silva.

Federal por el artículo 52, Inc. X, de la Constitución: Cuando el Supremo Tribunal Federal extiende los efectos para toda la colectividad en sede de recurso extraordinario, acaba por usurpar competencia constitucional de otro poder como resultado de su activismo judicial. Por lo tanto, no debe prosperar la tesis de mutación constitucional del artículo 52, Inc. X, de la Constitución brasileña.

En lo que respecta a la modulación temporal de los efectos del control de constitucionalidad, se subrayó la conducta pragmática del Supremo Tribunal en la flexibilización del dogma de la nulidad de la norma inconstitucional. El Tribunal no debe subordinarse a los hechos, mas si a la Constitución.

Las únicas justificativas plausibles para la modulación temporal de efectos son pragmáticas y revelan un activismo judicial. Es ilógico y contradictorio admitir que un acto normativo ya declarado inconstitucional continúe a producir efectos jurídicos; esto, sería admitir la flexibilización de la supremacía de la Constitución.

La creación de un Tribunal Constitucional – externo al Poder Judicial – parece consistir en la solución para el actual sistema de control de constitucionalidad en Brasil. Como expuesto, al Tribunal Constitucional se reservaría el ejercicio exclusivo del control abstrato de constitucionalidad, permitiendo de esa manera la convivencia pacífica de los controles difuso y concentrado. Así, los demás tribunales y jueces brasileños, incluso el Supremo Tribunal Federal – ahora como corte máxima de apelación del Poder Judicial nacional – ejercerían el control difuso, con efectos restringidos a las partes del proceso. Esto con el fin de asegurar la supervivencia del control *mixto* brasileño.

Un Tribunal Constitucional también solucionaría la problemática de la modulación temporal de efectos en el control de constitucionalidad, asumiendo la exclusividad de la aplicación de la técnica. Reconociendo la naturaleza fundamentalmente político-pragmática de la técnica de modulación temporal de efectos, su utilización por un órgano jurisdiccional con legitimidad democrática más marcada se revela más adecuada a la idea de Estado Democrático de Derecho consolidada en la Constitución brasileña de 1988.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ANSOLABEHERE, Karina (2005): “Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de La justicia”, en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (n° 22, abril de 2005), pp. 39-60.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz (2007): *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia* (Belo Horizonte, Fórum).

- BARROSO, Luís Roberto (2012a): “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, en *(Syn)Thesis*. (Rio de Janeiro, v. 5), pp. 23-32.
- _____ (2012b): *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. (São Paulo, Saraiva).
- CANOTILHO, J. J. Gomes (1997): “Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva”, en Jorge Miranda (org.), *Perspectivas Constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. II (Coimbra: Coimbra).
- DALLA VIA, Alberto (2005). “Los jueces frente a la política”, en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (nº 22, abril de 2005).
- DIREITO FGV (2011). “Relatório Supremo em Números”, (fecha de consulta: 15 de julio de 2013). Disponible en <<http://www.supremoemnumeros.com.br/2011/supremo-em-numeros/>>.
- DWORKIN, Ronald (1999): *O império do direito* (São Paulo, Martins Fontes).
- ELY, John Hart (2010): *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade* (São Paulo, Editora WMF Martins Fontes).
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery (2004): *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. (São Paulo, Revista dos Tribunais).
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (1986). *Processos informais de mudança da Constituição* (São Paulo, Max Limonad).
- FERREIRA, Carlos Wagner Dias (2007): “Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso”, en *REVISTA ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região* (Recife: TRF 5ª Região, nº 12). Disponible en: <<http://www.trf5.jus.br/content/view/41/162/>>.
- HÄBERLE, Peter (1997): *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. (Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris editor).
- MAUS, Ingeborg (2000): “Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisdicional na ‘sociedade órfã’”, en *Novos Estudos CEBRAP* (São Paulo, n. 58), pp. 183-202.
- MENDES, Gilmar Ferreira (1999): *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional* (São Paulo, Celso Bastos Editora: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional).
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (2012): *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. (São Paulo, Saraiva).

- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de (2013): “O papel do Senado no controle de constitucionalidade”, en *Revista Consultor Jurídico* (fecha de consulta: 29 de junio de 2013). Disponible en <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-01/diario-classe-papel-senado-controle-constitucionalidade>>.
- PERTECE, José Paulo Sepúlveda (2007): Controles concentrado e difuso no Direito Constitucional: a eficácia temporal das decisões, en *RDA - Revista de Direito Administrativo* (Belo Horizonte, ano 2007, n. 246, set. / dez. 2007).
- RAMOS, Elival da Silva (2010): *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos* (São Paulo, Saraiva)
- REIS, Luciano Elias (2010): “A modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade”, en *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, (Belo Horizonte, ano 10, n. 42, out./dez. 2010). Disponible en <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70469>>.
- SALGADO, Eneida Desiree (2012): “Os limites explícitos e implícitos aos processos formais e informais de mudança da Constituição: ensaio em defesa do constitucionalismo e da democracia”, en *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional* (Belo Horizonte, ano 12, n. 48, abr./jun. 2012), pp. 159176.
- _____ (2010): *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral* (Curitiba, Tese (Mestrado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná).
- SILVA, José Afonso da (sin fecha): *Uma Proposta de Constituição*.
- SILVA, Virgílio Afonso da (2009): “O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública”, en *RDA – Revista de Direito Administrativo* (Belo Horizonte, ano 2009, n. 250, jan./abr. 2009).
- SUNSTEIN, Cass R (2005): *Radical in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America* (New York, Basic Books).
- STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (2007): *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*, (fecha de consulta: 2 de julio de 2013). Disponible en: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1300.pdf>>.
- STRECK, Lenio Luiz (2013): “O Supremo não é o guardião moral da nação”, en *Revista Consultor Jurídico*, (fecha de consulta: 07 de septiembre de 2013). Disponible en: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>>.
- TAVARES, André Ramos (2010): “A inconsistência do Tribunal Constitucional como "legislador negativo" em face de técnicas avançadas de decisão da Justiça Constitucional”, en *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC* (Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set. 2010). Disponible en: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70670>>.

VELOSO, Zeno (1994): *Controle jurisdicional de constitucionalidade* (Belo Horizonte, Del Rey).

VIEIRA, Oscar Vilhena (2008): “Supremocracia”, en *Revista Direito GV* (v. 4), pp. 441-459.

_____ (1994): *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política* (São Paulo: RT).

JURISPRUDENCIA CITADA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 197.917/SP, julgado em 06.06.2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4.335/AC, julgado em 20.03.2014.

