



Cuestiones Constitucionales

ISSN: 1405-9193

rmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México
México

Figueiredo, Marcelo

Reflexiones respecto de la medida provisional en la constitución

Cuestiones Constitucionales, núm. 9, julio-diciembre, 2003, pp. 101-125

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88500904>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

REFLEXIONES RESPECTO DE LA MEDIDA PROVISIONAL EN LA CONSTITUCIÓN

Marcelo FIGUEIREDO*

RESUMEN: De influencia italiana, las medidas provisionales introducidas en Brasil son decretos con fuerza de ley expedidos por el Ejecutivo en casos de urgencia y relevancia. En la praxis constitucional brasileña, señala el autor, esta medida que reemplazó al decreto-ley en aras de buscar un instrumento más democrático, se ha revelado como un instrumento alterador del equilibrio entre los poderes de la república, por tanto, si bien ahora los actos jurídicos producto de la medida provisional tendrán validez jurídica plena, salvo que el Legislativo indique lo contrario, invirtiéndose la regla que antes prevalecía, los límites materiales que ahora se señalan parecen marcar el camino para evitar abusos, sobre todo en materia tributaria.

ABSTRACT: *The provisional measures (of italian influence) introduced in Brazil are acts with force of law sent by the Executive branch in cases of urgency and relevance. In the constitutional Brazilian praxis, the author stays that this measure has replaced the acts in order to look for a more democratic instrument; unfortunately, it has been revealed like a mechanism that alters the balance between the public powers of the Republic. Therefore, although the legal transactions created by the provisional measure will have now total legal validity unless the legislative branch indicates the contrary (changing the former rule) the material limits that are indicated now seem to mark the way to avoid abuses, mainly in tributary matter.*

* Abogado, consultor jurídico y profesor de los cursos de graduación y posgraduación de la Pontificia Universidad Católica en São Paulo, Brasil; director ejecutivo de la Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (Asociación Brasileña de Constitucionalistas Demócratas).

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo inédito fue originalmente escrito para homenajear a uno de los mayores constitucionalistas brasileños, el estimado amigo y profesor José Afonso da Silva. Hombre que se transformó en “*figura pública*” con la marca de la sinceridad; conquistó, por su talento y dedicación, la ciencia jurídica, una posición que solamente los grandes logran, *naturalmente* sin soberbia.¹ Lamentablemente la vida sólo me ofreció la oportunidad de conocerlo hace una década, pero desde entonces pasamos a disfrutar de gran compañerismo y amistad, unidos por el derecho constitucional y por sus causas sociales. Juntos estamos edificando con otros compañeros, la Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (Asociación Brasileña de Constitucionalistas Demócratas), entidad que lucha con el derecho para una sociedad más justa y solidaria. Todos creemos en la fuerza *viva de la Constitución y en sus valores*. Queremos implementarla y contribuir para lograr un Brasil mejor.

Para homenajear al amigo, elegí el tema de las medidas provisionales en la Constitución, instrumento jurídico polémico para decir lo menos, y que ha traído, sobre todo por su mala utilización, inestabilidad e inseguridad jurídica al derecho constitucional positivo brasileño y a su pueblo. Al ser invitado por el eminente profesor Diego Valadés a encaminar un trabajo de derecho constitucional, me acordé de este artículo que introduce profundas alteraciones en la Constitución brasileña.

Como enseña José Afonso,² las medidas provisionales nacieron con el pie izquierdo, al menos en la geografía constitucional, pues: “un genio cualquiera, charro, ignorante y aguzado, las introdujo ahí (se refiere al artículo 59 de la CF), indebidamente entre la aprobación del texto final (por lo tanto, después del día 22-9-88) y la promulgación-publicación de la Constitución el día 5-10-88”.

¹ Al lado de otros grandes nombres del derecho público brasileño como Paulo Bonavides, Valmir Pontes Filho, Luís Roberto Barroso, Fábio Konder Comparato, Celso Antônio Bandeira de Mello, Clèmerson Merlin Clève, Eros Roberto Grau, Carlos Ayres Britto, Lúcia Valle Figueiredo, figuras exponenciales que honran la doctrina y el derecho público brasileño.

² Silva, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo* (*Curso de Derecho Constitucional Positivo*), 20a. ed., São Paulo, Malheiros Editores, p. 522.

El *tema* me importa mucho desde hace algún tiempo. Desde la década del 90, cuando incentivado por Lúcia Valle Figueiredo, publiqué un pequeño trabajo con el título “A Medida Provisória na Constituição”³ (La medida provisional en la Constitución), indignado y principalmente motivado por el bloqueo de activos financieros del pueblo brasileño *decretado* como ¡*medida provisional!* por el entonces presidente Collor, de triste memoria.

Volví a él ocho años después, para ofrecer una opinión al ilustre Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil junto a su Comisión Permanente de Estudios Constitucionales,⁴ que tengo el honor de integrar. En 1998, ya teníamos conciencia que la medida provisional se había revelado, en la *praxis* constitucional, como un instrumento alterador del *delicado* equilibrio de la balanza de los poderes de la república. Fuente de poder unipersonal del presidente de la república, su utilización indiscriminada rompe el principio de la representación popular, relevante fuente de legitimidad del derecho.

Se proponía, con la enmienda a la Constitución núm. 472/97, proveniente del Senado, *alterar el régimen* jurídico constitucional de las medidas provisionales. Verifico que hoy dicha propuesta era *muy semejante* a la que efectivamente prevaleció con la edición de la enmienda constitucional núm. 32 del 11/9/2001. En la enmienda 472, entre otras modificaciones que expongo a continuación, se proponía la ampliación del plazo de vigencia de las medidas provisionales para noventa días, prorrogables una vez por igual periodo. Hoy la enmienda establece sesenta días, prorrogable por igual periodo. Tal vez ese sea el punto más relevante y *divergente* entre las dos modificaciones que avanzaban.

El abuso del instituto generó profunda inseguridad jurídica en el país, lo que puede ser acreditado didácticamente a su permisiva utilización e ilimitada reedición; el sucesivo cambio de redacción en las reediciones; su vigencia inmediata y generalizada, y finalmente, a la ausencia de reglamentación responsable del Congreso Nacional.

³ *A Medida Provisória na Constituição (La medida provisoria en la Constitución)*, Editora Atlas, 1990.

⁴ Al lado de eminentes constitucionalistas brasileños como Paulo Bonavides, José Afonso da Silva, Carmem Lúcia Antunes Rocha, Marcelo Cerqueira, Luís Roberto Barroso, Paulo Lopo Saraiva, y tantos otros grandes compañeros.

Es oportuno traer mi manifestación inscrita en aquella época,⁵ que bien resume mi pensamiento, para después compararla con las recientes alteraciones en el régimen jurídico de las medidas provisionales. Transcribo, pues, integralmente dicha manifestación.

II. LA PROPUESTA DE ENMIENDA A LA CONSTITUCIÓN
NÚM. 472/97, SEMEJANTE A LA ENMIENDA CONSTITUCIONAL
NÚM. 32/01 QUE FUE APROBADA

El informe de la Comisión de Constitución y Justicia y de Redacción de la Cámara de Diputados dice:

La propuesta de enmienda a la Constitución en foco proveniente del Senado federal pretende alterar los artículos 48, 62 y 84 del texto constitucional, dando nuevos contornos jurídicos al instituto de la medida provisional y creando también nuevas reglas relativamente a la competencia normativa de la unión en materia de administración pública.

Con relación a las medidas provisionales se propone *la ampliación de su plazo de vigencia para noventa días, prorrogable una vez por igual periodo*; en el caso de receso del Congreso Nacional deberá ser suspendido el recuento del plazo. Se sugiere también, la *prohibición de reedición* en la misma sesión legislativa de la medida provisional *rechazada* o que haya *perdido* su *eficacia* por decurso de plazo.

La regla vigente hoy con respecto a la pérdida de validez desde la edición de medida provisional no convertida en ley pasa a ser *invertida*, es decir, los actos practicados en la vigencia de medida provisional tendrán validez jurídica plena, salvo si el Congreso Nacional disponga diferentemente en el plazo de sesenta días a contar del final del plazo de vigencia.

En lo que dice respecto al contenido normativo, la propuesta en referencia pretende impedir la edición de medidas provisionales sobre materia: 1) reservada a la ley complementaria o a la competencia exclusiva del Congreso Nacional de la Cámara de los Diputados o del Senado federal; 2) ya disciplinada en proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional y pretende de sanción o veto por parte del presidente de la república; 3) relativa a la nacionalidad, ciudadanía, derechos políticos, derecho electoral, derecho penal, organización del Poder Judicial y del Ministerio Público, planes plurianuales, directrices presupuestarias, presupuesto y créditos adicionales —resguardados los referidos en el artículo 167,

⁵ El 20-10-1998.

parágrafo 3o. del texto constitucional—. Se propone también, la prohibición de inserción en medida provisional de dispositivo extraño al objeto principal tratado en la misma.

La propuesta prescribe también, algunas reglas especiales de tramitación para medidas provisionales, a saber: 1) su votación deberá ser hecha separadamente en cada Casa del Congreso Nacional, observándose el criterio de alternancia simple para que se inicie, ora en la Cámara de los Diputados, ora en el Senado federal; 2) a una comisión mixta de diputados y senadores competirá examinarla y darle dictamen; 3) a la casa revisora sólo será lícito alterar el proyecto de conversión por medio de enmiendas supresivas; 4) a dicha comisión mixta corresponderá hacer la sistematización del texto final.

Sobre la competencia de la unión con relación a la administración pública en general, la propuesta pretende *sacar del Congreso Nacional* parte de sus atribuciones sobre el asunto, insertándola en el ámbito del *poder reglamentario* del presidente de la república. A éste, le pasaría a corresponder disponer mediante *decreto* sobre organización administrativa del Poder Ejecutivo, transformación de cargos, empleos o funciones públicas, estructuración y atribuciones de los Ministerios y organismos de la Administración Pública y extinción de funciones o de cargos públicos vacantes.

Acompaña la proposición por determinación del presidente del Senado federal, copia de pronunciamiento crítico hecho por el senador Josaphar Marinho en el momento del encaminamiento de la votación de la materia en aquella Casa. Es el informe.

Encaminada la votación, todavía en la Comisión de Constitución y Justicia, y de Redacción, recibió dictamen en el sentido de su admisibilidad (con enmienda supresiva) de su Relator, el diputado D'Jalma de Almeida César el 15 de agosto de 1997.

A continuación transcribo los puntos esenciales del pronunciamiento de aquel parlamentario:

Es cierto que, cuanto al mérito la propuesta nos parece merecer algunos reparos, como es el caso, a nuestro criterio, de la pretensión de invertir la regla vigente hoy, según la cual medidas provisionales no-transformadas en ley pierden la validez desde la edición, debiendo el Congreso Nacional disciplinar las relaciones jurídicas provenientes de las mismas. Por el texto que se propone, los actos practicados durante la vigencia de medida provisional pasarían, como regla, a tener validez jurídica plena constituyendo excepción a la posibilidad del Congreso Nacional legislar de forma diferente —lo que sólo podría ser hecho hasta sesenta días después de la pérdida de validez de la medida, extinguiéndose su competencia desde entonces—.

Ora, esto significaría subvertir completamente el carácter originalmente “provisional” de las medidas, incrementándose sensiblemente el poder normativo de quien las edita y restringiéndose sobremanera el de quien las examina y les controla los efectos —el Congreso Nacional limitado ahora a ejercer su competencia en determinado plazo, menor que el previsto para la propia validez de la medida— bajo pena de transformarse en definitivos todos los efectos producidos por la misma—.

En el mismo paso, la previsión de un “régimen especial de tramitación” donde se determina que la discusión y votación de medida provisional se haga separadamente en cada Casa, mientras el respectivo dictamen de admisibilidad y mérito es dado por una comisión mixta de diputados y senadores, se nos figura de todo extraña a nuestras más tradicionales normas internas, lo que seguramente merecería ser revisado durante la apreciación de mérito en el ámbito de la comisión competente. Lo mismo se diga también de la regla propuesta allí para impedir que la Casa revisora presente enmiendas a proyecto de ley de conversión aprobado en la Casa de origen.

...la inclusión de materia extraña al tema de las medidas provisionales en el texto de la propuesta, además de contrariar la norma de procedimiento interno del Senado federal, habría resultado al final en disposiciones flagrantemente contradictorias con el restante del propio texto constitucional.

Esto porque en el afán de sacar del Congreso Nacional la atribución de legislar sobre determinadas materias relativas a la organización de la administración pública, la propuesta previó la revocación de algunos incisos del artículo 48 referente a la competencia legislativa de la unión, y transfirió su contenido a la cosecha normativa exclusiva del presidente de la república (artículo 84) sin embargo, sin alterar cualquier disposición del artículo 61, parágrafo 1o., que determina ser de iniciativa privativa del jefe del Poder Ejecutivo las leyes sobre aquellas mismas materias.

La propuesta recibió también la “exposición” (hojas 18 a 20) del diputado Nilson Gibson que, a pesar de votar por su admisibilidad, dedujo:

La convalidación o prorrogación en el tiempo de las medidas provisionales caducadas (con más de treinta días) atenta en sus sucesivas reediciones contra la norma regular de urgencia (45 días) que nuestra ley fundamental reservó a la apreciación de proyectos de ley de iniciativa del presidente de la república ante el Legislativo (CF, artículo 64, parágrafo 1o. y 2o.), afirmándose la garantía del *due process of law*.

Data venia, medida provisional, además de los treinta (30) días constitucionales no tiene validez jurídica perdiendo su eficacia *ex tunc*. Reeditarla es abuso

que nuestra Constitución federal repudia al establecer régimen de urgencia para proyectos de ley de iniciativa del presidente de la república en dichas materias de su especial competencia.

Transcurrido así el plazo constitucional de eficacia de la medida provisional sin que haya sido convertido en Ley por el Congreso Nacional, las normas legales logradas por ella en dicho periodo de su vigencia temporal, vuelven a estar vigentes con su norma eficacia sin cualquier colorido reprecinatorio no habiendo guarida constitucional para reedición de la medida caduca, restándole solamente al presidente de la república las vías del proyecto de ley de su competencia, en la fuerza de la prerrogativa de urgencia comedida que le asegura la carta magna (CF, artículo 64, párrafo primero y segundo).

El presidente Fernando Cardoso ejerce esa competencia excepcional con manifiesta invasión del espacio legislativo, comete flagrante abuso de las prerrogativas constitucionales que le fueron otorgadas en nombre del pueblo por la Asamblea Nacional Constituyente, incluso, su Excelencia participó activamente, a servicio de ese mismo pueblo, que tanto desea y lucha por la afirmación del Estado Democrático de Derecho y de Justicia.

De Aristóteles a Montesquieu y de Montesquieu a los contemporáneos, el equilibrio posible entre los “poderes” es tema de los más complejos en la ciencia política, en el derecho positivo y en la mecánica del Estado. Cada nación debe buscar su camino según el formato del régimen constitucional adoptado.

El enunciado del principio constitucional del “equilibrio y separación de los poderes” contenido en el artículo de la Constitución federal es regla densa, importantísima y de constante necesidad de perfeccionamiento (calibrado). Se trata de la búsqueda dinámica de gobernación, respetándose las reglas del sistema, la Constitución.

Una serie de circunstancias influyen la temática. Para emitir una opinión jurídica en el ámbito de ese ilustre consejo, no nos debemos perder en los enredos de la filosofía política, encantados por el tema. Tenemos que delimitar ahora el objeto de análisis. Para esto, examinemos inmediatamente la realidad normativa nacional, solamente situando el instrumento: la medida provisional.

La medida provisional surge en 1988 con la Constitución ciudadana. Vino a sustituir el “decreto-ley”, instrumento normativo desgastado por el periodo de autoritarismo de la centralización y del despotismo. Se buscaba sustituir dicho instrumento por algo nuevo, de hecho, *se imaginaba* que por algo más democrático.

Sin embargo, el tiempo se encargó de revelar el desacierto de la adopción de la “medida provisional”. El uso y abuso de las medidas “provisionales” editadas en disonancia con la Constitución federal reveló que el instrumento mal utilizado fue y sigue siendo lamentablemente una arma contra la democracia y el Estado de derecho.

Estas son usadas en exceso y en desacuerdo con las normas fundamentales. Sus presupuestos de relevancia y urgencia no han sido respetados. Su “aparente” amplitud material hace que el Ejecutivo termine por legislar sobre toda y cualquier materia. Las reediciones constantes y vergonzosas causan frecuente inestabilidad al orden jurídico, causando la antítesis del derecho: la inseguridad jurídica.

Desde 1988, las medidas provisionales se han presentado como el principal medio de formulación e implantación de políticas públicas, económicas y sociales. En los últimos años del gobierno de Sarney, fueron presentadas 125 medidas provisionales, y reeditadas 22; totalizando 147 medidas. En el gobierno de Collor, fueron 88 las presentadas, 69 las reeditadas, en total 157 medidas provisionales. En el gobierno de Itamar, 142 medidas presentadas, 366 reeditadas, total de 508 medidas provisionales. En el gobierno de Fernando Henrique, hasta el final de octubre de 1996, 1028 presentaciones, de las cuales 964 fueron reediciones (según Prodasen), lo que evidencia la ampliación del ámbito de la actuación normativa del Ejecutivo, aún considerando el elevado número de reediciones.

Al respecto del angustiante tema, opina Nina Beatriz Stocco Ranieri:

Pero, el hecho es que, en la práctica, si el Ejecutivo amplía el concepto de urgencia y relevancia haciendo de las medidas provisionales un instrumento de administración de rutina, el Legislativo no ejerce el debido control político, ya sea porque no vota las medidas provisionales en tramitación, ya sea porque no disciplina su uso, especialmente en lo que se refiere a las reediciones, sometiendo el País a un ordenamiento jurídico excepcional, precario y efímero.⁶

⁶ Stocco Ranieri, Nina Beatriz, “Gobernabilidad y Estado democrático de derecho, el uso y el control de las medidas provisionales”, en García, María (coord.), *Democracia Hoje. Um modelo Político para o Brasil (Democracia hoy. Un modelo político para Brasil)*, Celso Bastos Editor, Instituto Brasileño de Derecho Constitucional, 1997.

El constituyente de 1988 no esconde que buscó su inspiración en los *provvedimenti extra ordinem*. El artículo 77 de la Constitución italiana dispone:

Cuando en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia el gobierno adopta, bajo su responsabilidad, medidas provisionales con fuerza de ley, debe presentarlos en el mismo día para conversión a las cámaras, que aún disueltas, serán especialmente convocadas a reunirse en el plazo de cinco días. Los decretos pierden eficacia desde el inicio, si no fueren convertidos en ley en el plazo de sesenta días, a contar de su publicación. Las cámaras pueden también reglamentar con ley las relaciones surgidas con base en el decreto.

Las medidas provisionales son en verdad, decretos con fuerza de ley editadas por el Ejecutivo, que es en el sistema italiano, el ministerio parlamentarista, en casos de necesidad y de urgencia. El gobierno sin delegación legislativa del Parlamento, edita actos con fuerza de ley, bajo su propia responsabilidad, en los casos de “exigencias imprevistas e imprevisibles, cuya satisfacción es impuesta como condición para la propia conservación del Estado”.⁷

Es el mismo profesor quien advierte que las medidas de urgencia todavía están sujetas a control judicial (*controllo giuridico*) por la Corte Constitucional italiana (artículo 134, I). Dicho control incide sobre los elementos intrínsecos o formales, como en la ley ordinaria y en la ley delegada, pero es más abarcadora, tanto en lo que se refiere a la necesidad como a la urgencia, pudiendo anularlas también por estar viciadas por exceso o desvío de poder. Mortari sostiene que el Poder Judicial puede anular los actos gubernamentales en el campo de la administración cuando son editados con exceso de poder. La Corte Constitucional italiana también puede anular la medida provisional cuando no se conoce su urgencia. El rechazo ya provocó la caída de uno de los gabinetes del primer ministro Fanfani.

La Constitución italiana circunscribió la determinación de urgencia con numerosas cautelas con la finalidad de evitar los abusos anteriores del periodo prefacista, incluso determinando que las medidas provisionales (*provvedimenti provvisori con forza di legge*) deben ser transfor-

⁷ Ferreira, Pinto, *Comentarios a la Constitución brasileña*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1992, 3 vols., p. 275.

madas o convertidas en ley (*legge di conversione*) y permitiendo la responsabilidad política del gobierno y la caída del gabinete.

Es de recordar también que el modelo de la medida provisional, al menos tal como fue concebida en 1988, no se adapta al presidencialismo, pues es un instrumento más adecuado al régimen parlamentario, pues el rechazo de la medida provisional en Italia puede dar lugar a la dimisión voluntaria del gobierno. Por aquí, raramente el congreso consigue reunir fuerzas para rechazar expresamente medidas provisionales.

Aún en Italia hubo abusos; como recuerda Antônio D'Andrea,⁸ se desarrolló una “reapropiación” de las funciones del Parlamento.

Verifiquemos, ahora, la mecánica de la relación de poderes en los ámbitos Legislativo y Ejecutivo.

La Constitución federal regula la competencia para la producción de normas jurídicas, mediante reglas que se dirigen al Poder Ejecutivo y al Congreso Nacional asumiendo ambos, en razón del sistema constitucional, funciones diversas cada cual con competencia para ejercer actividad referente a fines instituidos constitucionalmente.

La Constitución federal, al disponer sobre la organización de los poderes, empieza por el Poder Legislativo, que es formado por representantes del pueblo (CF, artículo 1o., párrafo único): “Todo el poder emana del pueblo que lo ejerce por medio de representantes elegidos o directamente en los términos de esta Constitución”). El principio democrático es fundamental y otorga densidad al concepto de *Estado democrático de derecho*. Se verifica que la validez de la producción normativa está condicionada a un procedimiento de decisión por medio del cual el poder pueda ser ejercido por los ciudadanos. Se hace necesario verificar en cuanto a ese procedimiento, la distinción entre los poderes Legislativo y Ejecutivo.

El Poder Legislativo decide por medio de debate público y de argumentación con capacidad de generar consenso, por vía de discusión y votación, antes de la producción de efectos (CF, artículos 44 y 59). La producción de normas está vinculada a ese procedimiento *anterior*, de formación de contenido de la norma. Lo esencial al procedimiento es justamente el consentimiento previo por medio del *debate público* realizado por los representantes del pueblo. Ese complejo de actos dirigido

⁸ *Le Nueve Procedure Regolamentari per L'esame dei Decreti Legge in Parlamento: Un primo Bilancio*, RTDP 1/88.

a la producción normativa es adoptado por el Congreso Nacional. La edición de medidas provisionales por el Poder Ejecutivo no incorpora ese procedimiento, como sabemos.

En este sentido, adopto la posición y a continuación transcribo a Humberto Bergamann Ávila:⁹

El Congreso Nacional en su función fiscalizadora tiene también competencia para controlar ciertos actos del Poder Ejecutivo por delegación sujeta a aprobación (CF, artículo 68, parágrafo 3o.), vía aprobación *a posteriori* de las medidas provisionales (artículo 62) y por medio de poder de rechazar el veto presidencial (CF, artículo 66, parágrafo 4o. y 5o.). Esos poderes evidencian una vez más la competencia legislativa, incondicional del Congreso Nacional otorgada por la CF, y enuncia en normas específicas, las normas fundadoras establecidas en sus principios fundamentales.

El papel del Congreso Nacional se manifiesta también en el poder a él conferido de promulgar leyes que el presidente del Ejecutivo no promulga (CF, artículo 66, parágrafo 7o.). Además, al delimitar la competencia del Congreso Nacional (artículos 48 y 49) y la competencia para iniciativa legislativa del presidente del Ejecutivo (artículo 61, parágrafo 1o.), la CF nítidamente establece las prerrogativas del Congreso Nacional en el sentido de que determinadas materias reclaman su intervención quedando su ejercicio apartado del poder normativo, excepcional, del Poder Ejecutivo que es el de editar medidas provisionales.

La distinción entre el Poder Ejecutivo y el Congreso Nacional, según el análisis sistemático de la CF se da también por definición orgánico-institucional: el Congreso Nacional está formado por representantes del pueblo elegidos para un fin específico y produce normas, después de procedimiento público de discusión y de votación; el Poder Ejecutivo es el organismo de dirección política y produce normas sin ningún procedimiento anterior a la edición del acto normativo.

Si es verdad que la Constitución federal atribuye competencia al Poder Ejecutivo, para expedir reglamentos y para editar medidas provisionales, también es cierto que los reglamentos se destinan a dar fiel ejecución a la ley (artículo 84, IV) y que las medidas provisionales solamente poseen fuerza de ley (artículo 62). Al establecer esos límites, la CF prescribe la participación de un

⁹ Monografista gaúcho que produjo un brillante trabajo con el título *Medida provisional en la Constitución de 1988*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1997.

especial organismo como fuente de decisión jurídico-política primaria, y establece la ley, como única fuente conducente con una *intención-normativa democrática*.¹⁰

La preferencia por la ley en determinadas materias sólo puede ser explicada por el análisis de aquello que dicha posee de particular: el distinto procedimiento de elaboración que le da surgimiento. Esa es la diversidad entre los Poderes referente al principio democrático. Y ni se argumente con el papel participativo del Poder Ejecutivo, en el procedimiento legislativo establecido por la CF, porque en todas esas formas de cooperación armónica (CF, artículo 2o.) el Poder Ejecutivo es decisivamente controlado por el Congreso Nacional en *nítida preferencia normativa por la participación democrática-estructural de ese organismo en detrimento de la estructura de poder de aquél*.

La imposición de ley en sentido estricto y de ley complementaria para regular determinadas materias establece, por lo tanto, la necesidad de procedimiento democrático para la innovación del ordenamiento jurídico. Si la CF atribuye importancia al procedimiento, la participación del Congreso Nacional en sólo un acto no equivale al procedimiento. En ese sentido, ni la ley de conversión quita la necesidad de discusión y votación en el Congreso Nacional para elaborar, discutir y votar normas antes que produzcan efectos, ni la votación por el Congreso Nacional de medida provisional, por quórum calificado. Esa votación con quórum calificado solamente es el acto final de un procedimiento democrático indispensable, según la CF. Si la obediencia al principio democrático se da por el procedimiento de discusión y votación, el acto final no equivale al procedimiento. Eso impide que, siendo votada la medida provisional por medio de quórum calificado, pueda versar sobre materia reservada a la ley complementaria. La edición de medidas provisionales sin atención a esos límites, aunque no específicamente disciplinados en el artículo 62 de la CF, no se conforma al principio democrático, fundamental en el orden constitucional.

Es forzoso verificar que, el Congreso Nacional es el centro de producción normativa con relación a otros poderes porque el procedimiento adoptado por él está vinculado a principios fundamentales (por ejemplo: democracia, pluralismo político, seguridad posee un rígido íter de formación 9, CF, artículos 64 y ss.) y consubstancia poder heterónomo relativamente al poder administrativo (CF, artículo 2o.).

Ya en 1991, preocupados con la falta de control judicial y también con reediciones, afirmábamos:

¹⁰ Vaz, Manoel Afonso, *Lei e Reserva da Lei: A causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976 (Ley y Reserva de la Ley: La causa de la Ley en la Constitución Portuguesa)*, Porto, APPCDM, 1992.

Cumple la Constitución quien no se pone en atrito con ella. Defiende la Constitución quien observa los valores, principios y normas constitucionales. Promueve el bienestar del pueblo el presidente vinculado a la Constitución en todos sus actos, incluso lo consubstanciado en la edición de medidas provisionales.

En principio, se debe apartar la concepción pretoriana anterior, bajo pena de alzar al presidente de la república a la condición de legislador absoluto, dotado de competencia incontestable, lo que es inadmisibles en cualquier sistema político.¹¹

Recordemos:

Con relación a las medidas provisionales se propone *la ampliación de su plazo de vigencia para noventa días, prorrogable una vez por igual periodo*; en el caso de receso del Congreso Nacional deberá ser suspendido el recuento del plazo. Se sugiere también, *prohibición de reedición* en la misma sesión legislativa, de medida provisional *rechazada* o que haya *perdido* su *eficacia* por decurso de plazo.

La regla vigente hoy con respecto a la pérdida de validez, desde la edición de medida provisional no convertida en ley, pasa a ser *invertida*, es decir, los actos practicados en la vigencia de medida provisional tendrán validez jurídica plena, salvo si el Congreso Nacional dispusiere diferentemente en el plazo de sesenta días, contados desde el final del plazo de vigencia.

En lo que dice respecto al contenido normativo, la propuesta en referencia pretende impedir la edición de medidas provisionales sobre materia: 1) reservada a la ley complementaria o a la competencia exclusiva del Congreso Nacional, de la Cámara de los Diputados o del Senado federal; 2) ya disciplinada en proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional y pendiente de sanción o veto por parte del presidente de la república; 3) relativa a la nacionalidad, ciudadanía, derechos políticos, derecho electoral, derecho penal, organización del Poder Judicial y del Ministerio Público, planes plurianuales, directrices presupuestarias, presupuestos y créditos adicionales resguardados los referidos en el artículo 167, parágrafo 3o. del texto constitucional. Se propone también la prohibición de inserción en medida provisional, de dispositivo extraño al objeto principal tratado en ella.

La propuesta prescribe también, algunas reglas especiales de tramitación para medidas provisionales, a saber: 1) su votación deberá ser hecha separadamente en cada Casa del Congreso Nacional, observándose el criterio de alternan-

¹¹ Figueiredo, Marcelo, *A Medida Provisória na Constituição*, (La medida provisional en la Constitución), São Paulo, Atlas, p. 52.

cia simple para que se empiece, ora en la Cámara de los Diputados, ora en el Senado federal; 2) a una comisión mixta de diputados y senadores corresponderá examinarla y darle dictamen; 3) a la Casa revisora sólo será lícito alterar el proyecto de conversión por medio de enmiendas supresivas; 4) a dicha comisión mixta corresponderá hacer la sistematización del texto final.

En conclusión, entendemos que la propuesta de alteración de la vigencia de las medidas provisionales de 30 a 90 días, permitida una reedición, importará en la práctica, según demuestra la historia reciente de las relaciones Ejecutivo-Congreso en la institución del “régimen provisional”, de 180 días, como mínimo.

Si bien no se puede negar que el plazo de 30 días es exageradamente corto para la manifestación lenta y difícil del Legislativo (Merlin Clève), triplicarlo es una solución demasiado radical. Es atribuir demasiada fuerza para el Ejecutivo que, ha sido ampliamente demostrado, usa y abusa del instrumento.

Nos parece más equilibrada la antigua propuesta del senador Josaphat Marinho quien, en junio de 1996, presentó al Plenario del Congreso Nacional un proyecto apenas aumentando para 60 días el plazo de apreciación de las medidas provisionales por el congreso y determinando la disciplina de las relaciones jurídicas provenientes de medida rechazada. Previamente expresa también, la imposibilidad de reedición de medida provisional rechazada, totalmente o en parte, y la inmediata conversión en proyecto de ley de la medida provisional que no fuere apreciada en dicho plazo, operándose los mismos efectos de pérdida de validez *ab initio*. El congreso también disciplinaría las relaciones jurídicas provenientes del proyecto rechazado.

También discriminaría las materias que no podrían ser objeto de medida provisional: las prohibidas a la ley delegada; las de naturaleza tributaria o penal, las que fuesen especificadas en ley complementaria; y normas que podrían ser establecidas respecto de la medida provisional, salvo en cuanto al proceso de tramitación. El poder de enmienda es garantizado en los términos establecidos por el congreso.

Por fin, nos gustaría dejar consignado que, el problema de la medida provisional no está obviamente en el plazo de su vigencia. Es cierto que podemos considerarlo demasiado corto, o excesivo, si fuere aumentado, y así por delante. El núcleo del problema no está en eso. La cuestión *inmediata* está en el uso abusivo del instituto. Lo que fue concebido

para ser “provisional”, “urgente”, absolutamente “excepcional” se hizo instrumento “regular”, ordinario de innovación jurídica.

Parte de la propuesta de enmienda “avanza” en el sentido de establecer límites claros al Ejecutivo, incorporando soluciones ya presentadas por la jurisprudencia. Por otra parte, retrocede al triplicar el plazo de vigencia inicial, haciendo posible una reedición por igual periodo.

El tema involucra, señala y demuestra la necesidad de una amplia reforma política, institucional, de base, que reformule el delicado equilibrio entre los poderes en Brasil.

Por fin, me gustaría consignar que no ignoro la necesidad del Poder Ejecutivo de tener instrumentos normativos ágiles y útiles para situaciones *verdaderamente excepcionales*. Es así en todo el mundo civilizado. Ocurre que, de acuerdo con nuestra realidad, tales instrumentos deben venir ajustados de controles del Legislativo, como los que se propone en la parte final de la propuesta (delimitación de prohibición temática de las medidas provisionales).

Ante todo lo expuesto, mi opinión es rechazar la propuesta de enmienda 472/97. Dejo de apreciar los demás aspectos de la propuesta, por ser evidentemente perjudicial.

III. LA ENMIENDA CONSTITUCIONAL NÚM. 32 DEL 11-9-2001

La enmienda constitucional núm. 32 del 11 de septiembre de 2001, alteró los artículos 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 y 246 de la Constitución Federal de Brasil. Nos interesa el tema de las medidas provisionales, así no nos importan las demás modificaciones de la enmienda, que trascienden el asunto. No habría también la posibilidad de disertar sobre todas las modificaciones realizadas en el espacio de un artículo. Siendo así, debemos elegir algunos aspectos de la enmienda. Elegimos el párrafo 1o., inciso I, del artículo 62.

El nuevo régimen de las medidas provisionales es positivo, se presenta en general como un innegable avance en la búsqueda de la deseada seguridad jurídica. La matriz constitucional del instituto es la misma: “Art. 62. En el caso de relevancia y urgencia, el presidente de la república podrá adoptar medidas provisionales con fuerza de ley, debiendo someterlas de inmediato al Congreso Nacional”.

Se suprimió la parte final que, en su redacción original decía “que, estando en receso, será convocado extraordinariamente *a reunirse en el plazo de cinco días*”. La falta de previsión constitucional expresada en el plazo, *en el dispositivo*, no debe ser interpretada obviamente como innecesidad de apreciación urgente de la materia. La convocación extraordinaria del Congreso Nacional en la verdad, implicará la automática inclusión en la pauta de la materia (artículo 57, parágrafo 8o. de la CF) en la redacción de la EC núm. 32/01.

Solamente el presidente de la república o los presidentes de la Cámara de Diputados o del Senado federal, o a requerimiento de la mayoría de los miembros de ambas casas, se puede convocar extraordinariamente un Congreso Nacional. Es *imperioso el acto de* convocación extraordinaria del Congreso Nacional en la hipótesis de edición de medida provisional en periodo de receso. Es decir, editada la medida provisional en el periodo del receso, cuyo contenido exija pronunciamiento del Congreso Nacional, es deber de las autoridades determinar su reunión extraordinaria.¹² La falta de plazo expresado para la convocación solamente aumenta la responsabilidad de los agentes políticos en el sentido de evaluar la urgencia y relevancia de la materia apreciable por el Congreso Nacional.

Del mismo modo, la falta de convocación por motivos subalternos o por arreglos políticos (hipótesis académica) genera, a nuestro juicio, responsabilidad de las autoridades competentes por la convocación. La cuestión puesta se resume en la respuesta a la pregunta: ¿es posible esperar el retorno de los trabajos¹³ legislativos sin traumas para la nación?

Otra cuestión, ésta sí fulcral, dice con la materia (límites materiales) objeto de la medida provisional. La redacción del constituyente de 1988 fue muy adecuada desde el ángulo de la gramática y del sistema¹⁴ constitucional, pero un desastre, si consideramos la sociología del poder; la vocación autoritaria del Poder Ejecutivo a lo largo de nuestra historia.¹⁵

¹² El presidente edita la medida provisional, y la somete de inmediato al Congreso Nacional. Una vez en receso, debe convocarlo extraordinariamente. *Quid juris* si no lo hiciese, ¿además de ser responsabilizado? La república de la Cámara de los Diputados y del Senado federal, o la mayoría de los miembros de ambas casas, también pueden y deben hacerlo.

¹³ El Congreso Nacional se reúne anualmente del 15 de febrero al 30 de junio, y del 1o. de agosto al 15 de diciembre (artículo 57 de la CF).

¹⁴ Ningún doctrinador consagrado duda que en el sistema constitucional adecuadamente interpretado existan límites claros a la edición de medidas provisionales o de cualquier medida de ese tenor, pero es necesario muchas veces decir lo obvio...

¹⁵ No fue muy diferente al tiempo del decreto-ley, previsto en el artículo 58 de la Carta de

La falta de límites materiales expresados en el texto constitucional proporcionó al Ejecutivo la posibilidad de editar y reeditar medidas provisionales a propósito de cualquier contenido y bajo cualquier pretexto político-institucional.

Así, el parágrafo 1o., del artículo 62, vino en buena hora al prohibir la edición de medida provisional sobre materia:

I. Relativa a: a) nacionalidad, ciudadanía, derechos políticos, partidos políticos y derecho electoral; b) derecho penal, procesal penal y procesal civil; c) organización del Poder Judicial y del Ministerio Público, la carrera y la garantía de sus miembros; d) planes plurianuales, directrices presupuestarias, presupuesto y créditos adicionales y suplementarios, resguardando lo previsto en el artículo 167, parágrafo 3o.; II. Que tenga en vista la detención o secuestro de bienes, de cuenta de ahorro popular o cualquier otro activo financiero; III. Reservada la ley complementaria; IV. Ya disciplinada en proyecto de ley aprobada por el Congreso Nacional y pendiente de sanción o veto del presidente de la república. Parágrafo 2o... que implique institución o aumentar impuestos, excepto...

Si por un lado la previsión de límites materiales expresados para edición de medidas provisionales se muestra necesaria, parece que la enmienda fue tímida al no establecer más claramente otras prohibiciones *que provienen del sistema constitucional*. En otras palabras, entendemos que la prohibición constante del parágrafo 1o. del artículo 62, no excluye otras provenientes del sistema constitucional. Podría haber considerado

1967. "El presidente de la república, en el caso de urgencia o de interés público relevante, y desde que no resulte aumento de gasto, podrá expedir decretos con fuerza de ley sobre las siguientes materias: I. Seguridad nacional; II. Finanzas públicas. Párrafo único: Publicado el texto que tendrá vigencia inmediata, el Congreso Nacional lo aprobará o rechazará dentro de los sesenta días, no pudiendo enmendarlos; si en ese plazo no hubiere deliberación, el texto será tenido como aprobado". Geraldo Ataliba afirmaba: "Aceptar la creación de tributos por decreto-ley es admitir la negación, vulneración y desacato a los más sagrados y fundamentales principios de nuestro derecho público". Ataliba, Gerardo, *Estudios y dictámenes*, São Paulo, Editora RT, 1980, vol. 3, p. 45. La vulneración y el desacato al orden jurídico se hizo práctica corriente, lamentablemente. De hecho, desde el imperio a la excepción de los breves periodos de estabilidad democrática, el poder político en Brasil, léase a la clase dominante, siempre fue superior a los demás poderes. La "independencia" entre los poderes siempre fue más nominal que real. Para una visión amplia del fenómeno, recomendamos la lectura de Bonavides, Paulo, "O Partido Político no Império" ("El partido político en el imperio"), *Revista de la Faculdade de Direito de la Universidad de Ceará*, 1956.

esa realidad e incluir el dispositivo con ese sentido y alcance, como un ejemplo de lo que hizo el parágrafo 2o. del artículo 5o. de la CF.

La falta de regla expresada en el parágrafo 1o. del artículo 62 no tiene la consecuencia de informar la *excepcionalidad* de la medida provisional en el escenario constitucional brasileño. No obstante que haya gran divergencia sobre la *naturaleza jurídica* de la medida provisional¹⁶ y de actos similares en el derecho constitucional comparado, es forzoso concluir que su esencia *teórica* es marcada por la *emergencia* y *transitoriedad*.¹⁷

Nos guste o no, el ejercicio de *función legislativa por el Ejecutivo* en el mundo contemporáneo es una realidad,¹⁸ afortunadamente controlada por el Judicial o por algún organismo con esa función. La decadencia o el desprestigio de los Parlamentos en las democracias occidentales, por otro lado, no hizo desaparecer la doctrina de los *frenos* y *contrapesos*, formulada

¹⁶ Actos delegados de competencia del Legislativo al Ejecutivo, acto administrativo, ley en sentido lato (no formal). Véase la síntesis ofrecida por Clève, Clèmerson Merlin, *Atividade Legislativa do Poder Executivo (Actividad legislativa del Poder Ejecutivo)*, 2a. ed., São Paulo, Editora RT, 2000, pp. 164-170.

¹⁷ Tomamos los términos en sentido amplio.

¹⁸ El ejercicio de la función legislativa por el Ejecutivo es una realidad en el derecho constitucional y político comparado. Son innumerables factores que concurren para que esto ocurra. Entre otros, podemos enumerar la decadencia del Parlamento (y por lo tanto, de la ley) como instancia ágil o suficiente para responder a todas las demandas del Estado social (Forshoff); el ejercicio de poder por el Ejecutivo en varios sistemas constitucionales, ejerciendo funciones y atribuciones, muchas veces no previstas (o prohibidas) claramente en el ordenamiento positivo, pero conquistadas por la acción política y por la interpretación de los demás organismos del sistema, como el Judicial; la crisis de legitimidad de los sistemas políticos; la delegación de poderes del Legislativo al Ejecutivo; el aumento creciente y la complejidad técnica de las demandas dirigidas al Estado, entre tantos otros factores. La mutación por la cual ha pasado el principio de la separación de poderes, logró también el propio principio de la legalidad y su mayor expresión concreta, la ley. Se sostiene que la administración pública no se limita sólo a aplicarla a las soluciones e hipótesis previstas en el ordenamiento. Pasa la administración pública a compartir la responsabilidad por la conducción política y normativa del Estado, actuando el principio de la legalidad, sobre todo como un criterio de garantías de las libertades. Naturalmente que esa "evolución" trae dificultades. Si la administración puede estar en una relativa 'desvinculación' con la ley, ¿cómo controlarla, cuáles son sus límites y competencias, cómo actuará? Esas son cuestiones que trascienden ese trabajo. Basta señalar que cada Estado busca responderlas de una forma. Algunos delegan atribuciones y competencias directamente al Ejecutivo, otros comparten la función legislativa más intensamente con el Ejecutivo y sus organismos. Pero una cosa es cierta, el tema sigue siendo desafiador en el derecho constitucional comparado, y constantemente los conflictos son llevados a los organismos controladores del sistema que ahora definen, en la interpretación del conflicto, las atribuciones del Ejecutivo (en el caso de laguna constitucional); ahora interdictan el ejercicio de sus competencias y atribuciones. Los tribunales o las cortes constitucionales desempeñan importante papel en este escenario.

con vista en la Constitución americana, en desarrollo del principio de la separación de poderes. Al menos la importación o inspiración del modelo estadounidense con fuerte influencia en nuestro derecho constitucional, en ese aspecto, fue positiva ya que ofrece más garantía a la ciudadanía.

Volviendo a nuestro tema central. Sostenemos que la prohibición en la expedición de medidas provisionales de las materias constantes del párrafo 1o. del artículo 62 de la Constitución federal, no excluye otras provenientes del sistema constitucional.

Nuestra posición se fundamenta en algunos principios de interpretación constitucional, a saber:

a) Principio de la unidad de la Constitución. Si la Constitución es la norma fundamental que da unidad a la coherencia al orden jurídico, tiene necesidad de tener unidad y coherencia interna, superar contradicciones. La interpretación constitucional debe garantizar una visión unitaria y coherente del texto y contexto constitucional.

b) Principio de la repartición de competencias o de la contención del poder. Si la Constitución organiza al Estado, regulando y distribuyendo las funciones, el intérprete constitucional debe estar atento a sus prescripciones, atribuyendo a cada organismo o autoridad, exactamente aquello que la Constitución le otorgó directa o indirectamente (poderes implícitos).

c) La Constitución, en el caso de ambigüedad (que no es la hipótesis presente) debe ser examinada en su totalidad con el objeto de determinar el sentido de sus partes (*black*).

En esa medida, sólo por los principios antes mencionados, ya es posible sostener que la medida provisional sufre limitaciones provenientes de la propia Constitución, de su texto, contexto, de su espíritu y de sus valores fundamentales.

¿Cuáles son esas limitaciones provenientes del régimen constitucional? Algunas son fácilmente perceptibles. Así, si la Constitución *prohíbe* la deliberación a la *propuesta* de enmienda tendente a suprimir; *a)* la forma federativa de Estado; *b)* el voto directo, secreto, universal y periódico; *c)* la separación de los poderes; *d)* los derechos y garantías fundamentales, *evidentemente* que tales materias no pueden ser instrumentadas por medida provisional.

Podrá haber algún cuestionamiento sobre el alcance de la prohibición relativa a los derechos y garantías fundamentales constantes en las cláusulas pétreas antes mencionadas. ¿Sería posible, por ejemplo, una medida

provisional que alargase el campo de las libertades públicas, beneficiando al agregar derechos al régimen jurídico constitucional vigente? O la prohibición es de tal alcance que, aún en esta hipótesis estaría prohibida la edición de medidas provisionales.¹⁹

Creemos que la prohibición de deliberación logrará el máximo de rigidez constitucional. Es disposición intangible que sólo puede ser modificada por el poder constituyente originario. En esta medida, respondemos a la cuestión propuesta por la negativa.

Del mismo modo, y por idénticos fundamentos, el principio de la *separación de poderes* se encuentra ubicado en el dispositivo del artículo 60, parágrafo 4o. de la Constitución. Al invocarlo, preservándolo intocado, ¿qué desea el constituyente? Que todo su núcleo, que su expresión, que toda su manifestación sea para garantizar su identidad.

En el artículo 60, parágrafo 4o. de la Constitución encontramos lo que ella tiene de máspreciado, *noble* y esencial.

¿Cuál es la identidad e historia de la cláusula o *estándar* conocido como *separación de poderes*?²⁰ Para responder esa cuestión tendríamos que disertar en varias páginas.²¹ Basta, para nuestros objetivos, afirmar que con la cláusula se desea, en una palabra, *el equilibrio, el control recíproco, la fiscalización mutua, de un lado, y la armonía de otro (ellesseront forcées d'aller de concert, según Montesquieu)*.²² La teoría nació para atender la protección de las libertades clásicas del hombre y del ciudadano, hoy agregadas a tantas otras.

¹⁹ Estamos tomando el artículo 60, parágrafo 4o., como norte de raciocinio para traerlo al nivel de las discusiones infraconstitucionales en el plan de la ley y de las medidas provisionales y sus relaciones e implicaciones.

²⁰ Sobre el tema, remitimos al lector hacia el magnífico trabajo de Cavalcanti, Themístocles, *O Princípio da Separação dos Poderes e Suas Modalidades*, (*El principio de la separación de los poderes y sus modalidades*), Río de Janeiro, Fundación Getúlio Vargas, 1955. Recordamos también el artículo 16 de la declaración del 89: “Cualquier sociedad en que no es asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, no tiene Constitución”.

²¹ Para una visión global de la formación de la teoría constitucional y del pensamiento occidental, véase Saldanha, Nelson, *Formação da Teoria Constitucional* (*Formación de la teoría constitucional*), 2a. ed., Renovar, 2000; Bonavides, Paulo, *Curso de Direito Constitucional* (*Curso de derecho constitucional*), 6a. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1996; Grau, Eros Roberto, “O Direito Posto e o Direito Pressuposto” (*El derecho puesto y el derecho presupuesto*), São Paulo, Malheiros Editores, 1996; en especial, el capítulo X alusivo al tema. En los clásicos: Locke, *Treatises of Government*, USA, Easton Press, 1991; Montesquieu, *O Espírito das Leis*, (*El espíritu de las leyes*).

²² Aún no se niegue que, en aquella época, se trataba de preservar los derechos de la burguesía ascendente, poniéndolos a salvo en una Constitución.

Como enseña Laurence Tribe:²³ “thus, along both dimensions, that of federalism as well as that of separation of powers, it is institutional interdependence rather than functional independence that best summarizes the american idea of protecting liberty by fragmenting power”.

O todavía, Themístocles Cavalcanti:²⁴

Estamos convencidos que el sentido de la obra de Montesquieu es esencialmente político, tuvo en vista asegurar la libertad, eliminar los abusos del poder absoluto... Separación de poderes no se confunde con equilibrio de poderes. Si el ejecutivo tiene la misión de aplicar los principios de la política general fijada por el poder legislativo, él debe guardar la subordinación del ejecutivo a su voluntad. No hay, sin embargo, incompatibilidad funcional entre la separación y el equilibrio de los poderes, porque la propia separación no contraría la armonía ni la justa comprensión entre las funciones propias e inherentes de cada uno de los poderes.

De cualquier modo, el sentido *contemporáneo* del principio de la separación de poderes, sólo puede ser comprendido a partir de la realidad constitucional actual. Y la Constitución en el tema de las “libertades” es pródiga. José Afonso da Silva,²⁵ por ejemplo, con base en el texto constitucional, clasifica los derechos fundamentales en cinco grupos, a saber: *a)* derechos individuales; *b)* derechos colectivos; *c)* derechos sociales; *d)* derechos a la nacionalidad; *e)* derechos políticos.

Siendo así, nos parece que una medida provisional no podrá disciplinar o invadir el campo de protección alusivo a los derechos o “libertades” antes expuestos, por cuanto insertados en el territorio conceptual del principio de la separación de poderes. Si no fuese esa la razón principal, tendríamos todavía la alusión al término “*ciudadanía*”, constante de la nueva redacción del artículo 62, I de la Constitución federal.

Nadie ignora que, ciudadano en el sentido más corriente en el derecho constitucional, alude al titular de derechos políticos. Sin embargo, aquí el sentido parece ser otro, más amplio,²⁶ pues los derechos políticos ya están protegidos y expresamente en el mismo dispositivo.

²³ *American Constitutional Law*, 2a. ed., Foundation Press, 1988, p. 20.

²⁴ Cavalcanti, Themístocles, *O Princípio da...*, cit., nota 20.

²⁵ Silva, José Afonso da, *Curso de Direito...*, nota 2, p. 187.

²⁶ En ese sentido, ser ciudadano o gozar de los atributos de la *ciudadanía* en el contexto constitucional significará tener acceso a los derechos fundamentales en su dimensión más amplia posible. De este modo, la medida provisional no podría ser editada sobre tales materias.

De ese modo, entendemos que es prohibida la edición de medidas provisionales sobre materia alusiva a lo que se determinó llamar *libertades públicas*,²⁷ buena terminología para expresar la latitud del concepto y de la noción que pretendemos transferir al lector en ese particular aspecto.

El inciso I, “b” alude la prohibición de medidas provisionales sobre materia de: *derecho penal, procesal penal y procesal civil*”. La prohibición es bien amplia, y atiende a la antigua reivindicación de la doctrina. Además, no podría ser diferente. La ley es la fuente normativa principal del derecho penal y su instrumento; el proceso penal es conquista del hombre y de su libertad a través de los tiempos.²⁸

¿Qué es el derecho penal? El *conjunto* de las normas jurídicas que definen crímenes o contravenciones y establecen sanciones, como también las condiciones de aplicación de la sanción penal.²⁹ Ya el derecho procesal penal consiste en las disposiciones estatuidas sobre las actividades que se desarrollan en el proceso con sus consecutarios lógicos, consistentes en la reglamentación de la actuación del juez, de las partes y terceros, ya sea fijándoles la respectiva posición procesal, ya sea disponiendo al respecto de sus recíprocas relaciones. La norma procesal penal regula *precisamente* las actividades que se desarrollan para la actuación del poder jurisdiccional del Estado en el ámbito jurídico-penal.³⁰

El derecho procesal civil es expresión que designa una variedad enorme de normas procesales de diferentes clases. La propia Constitución federal es fuente de derecho procesal. La cuestión es saber ¿qué tipo de prohibición logra el dispositivo, qué tipo de normas procesales están prohibidas al *legislador provisional*? En principio, salvo mejor juicio, *todas*, es decir, las normas relativas a la creación, organización y funcionamiento de organismos jurisdiccionales, normas referentes a los derechos y garantías individuales (fundamentales), las normas disponiendo sobre

²⁷ Para fines didácticos, podemos simplificar la noción afirmando que las libertades públicas serían la suma de las letras “a”, “b”, “c”, “d” y “e”, a que alude José Afonso da Silva en los cinco grupos de derechos fundamentales.

²⁸ Naturalmente que la prohibición logra toda la reglamentación de las garantías relacionadas con el derecho penal de la libertad, como el juez natural, contradictorio, etcétera.

²⁹ Es lo que se infiere de Fragoso, Heleno Cláudio, *Lições de Direito Penal-A nova parte geral* (*Lecciones de derecho penal-La nueva parte general*), 8a. ed., Forense, 1985, p. 73.

³⁰ Es la lección de Marques, José Frederico, *Elementos de Direito Processual Penal* (*Elementos de derecho procesal penal*), rev. y act. por Eduardo Reale Ferrari, São Paulo, Editora Millennium, 2000, vol. I.

remedios y acciones de toda naturaleza, normas sobre jurisdicción, competencia, juzgamientos, por fin, todo el derecho procesal civil.

Las normas atinentes a la organización del Poder Judicial, ministerio público, la carrera y la garantía de sus miembros, recibieron protección específica en la línea “c”.

La letra “d” prohíbe la edición de medidas provisionales sobre materia alusiva a los “planes plurianuales, directrices presupuestarias, presupuesto y créditos adicionales y suplementarios, resguardado lo previsto en el artículo 167, parágrafo 3o. (crédito extraordinario).

Realmente, el artículo 165 de la Constitución, y casi todo el capítulo alusivo a las finanzas públicas, exige ley, complementaria o ordinaria para casi todas las relaciones jurídicas, involucrando al llamado “derecho financiero”, o también, autorización legislativa. La Ley de Iniciativa del Poder Ejecutivo establecerá el plan plurianual, las directrices presupuestarias y los presupuestos anuales.

No veo como sería posible la edición de una medida provisional en esta materia,³¹ como también siempre repudiamos la edición de medida provisional para instituir o subir tributos.³² Sin embargo, lamentablemente no fue esa la dirección que tomó el ilustre Supremo Tribunal Federal a lo largo del tiempo, a despecho de algunos votos divergentes³³ y de la posición casi unánime de la doctrina.

La materia vuelve con la enmienda núm. 32, que en su artículo 62, parágrafos 2o., 3o. y 4o., disponen:

Medida provisional que implique institución o incremento de *impuestos*, excepto los previstos en los artículos 153, I, II, IV, V y 154, II, *sólo producirá efectos* en el ejercicio financiero siguiente, *si hubiere sido convertida en ley hasta el último día de aquel en que fue editada*. Parágrafo 3o.: Las medidas

31 Véase Fernandes de Oliveira, Regis y Horvath, Estevo, *Manual de Direito Financeiro (Manual de derecho financiero)*, 4a. ed., São Paulo, Editora RT, 2001.

32 Figueiredo, Marcelo, *A Medida Provisória na Constituição (La medida provisional en la Constitución)*, São Paulo, Editora Atlas, 1991. En la jurisprudencia, véase el mandado de seguridad núm. 37658 (Reg. núm. 90.03.37625-5), juzgado el 25-4-91, del TRF, 3a. región, relatora Lúcia Figueiredo.

33 Tómese como ejemplo el despacho dictado por el ministro Celso de Mello, en el recurso extraordinario 239286/PR, del 18-11-99, donde su excelencia sustenta la inidoneidad de medida provisional para instituir o subir tributos.

provisionales resguardando lo dispuesto en el parágrafos 11 y 12 perderán eficacia, desde la edición si no fueren convertidas en ley en el plazo de *sesenta días*, prorrogable, en los términos del parágrafo 7o., una vez por *igual periodo*, debiendo el Congreso Nacional disciplinar por decreto legislativo, las relaciones jurídicas provenientes de las mismas. Parágrafo 4o.: El plazo a que se refiere el parágrafo 3o. será contado desde la publicación de la medida provisional, suspendiéndose durante los períodos de receso del Congreso Nacional.

No obstante que la materia haya avanzado, si consideramos que la producción de efectos de la medida provisional que conlleve impuestos solamente ocurrirá en el ejercicio financiero siguiente, todavía falta mucho por hacer. Primero porque el texto alude a impuestos. El notable aumento de la recaudación tributaria se ha verificado en los últimos tiempos por intermedio de la institución de *contribuciones sociales* (artículo 149 de la CF). Son tributos evidentemente, aún calificados por la finalidad que deban lograr. Pueden, como enseña Roque Antonio Carrazza,³⁴ revestir la naturaleza jurídica de impuesto o tasa, según la hipótesis de incidencia y base de cálculo que tengan.

Siendo así, es muy probable que siga el abuso en la utilización de medidas provisionales en materia tributaria, instituyendo el Ejecutivo “*aportaciones*” revestidas de la naturaleza de tasas para costear actividades desempeñadas por la unión o por tercero. Quien sabe y Dios permita que estemos engañados.

El tema es fascinante, pero nuestro espacio no permite mayores digresiones. Siendo así, encerramos nuestra intervención con las palabras de Hugo Lafayette Black, juez de la Suprema Corte estadounidense:

Creo firmemente, por ejemplo, que esa historia muestra que el propósito y el plan básico de la Constitución son que el gobierno federal no debería tener poderes además de los que le son expresa o implícitamente concedidos y de que ninguno de los ramos del gobierno —el ejecutivo, el legislativo o el judicial— tiene autoridad para incrementar o disminuir los poderes que le fueron concedidos o negados por la Constitución. Nuestra Constitución

³⁴ *Curso de Direito Constitucional Tributário (Curso de derecho constitucional tributario)*, 16a. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2001.

escrita, me significa a mí, que cuando un poder no es concedido en términos, o no es necesario y apropiado para ejercer un poder concedido, tal poder no existe en ninguno de los ramos del gobierno —ejecutivo, legislativo o judicial—. Así, son el lenguaje y la historia de los factores fundamentales que me influyen al interpretar la Constitución y no la conveniencia o la equidad invocadas por jueces de la Corte Suprema.

