

VEINTE AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA DE 1988

¿La Constitución ha sido capaz de limitar el poder?

Por JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.—1. CAPACIDAD DE LIMITAR EL PODER COMO CRITERIO PARA VALORAR EL ÉXITO DE UNA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA.—2. CONSTITUCIÓN DE 1988 Y LIMITACIÓN DEL PODER: LA REDEMOCRATIZACIÓN.—3. ¿ES LA MEDIDA PROVISORIA UN EJEMPLO DE LIMITACIÓN DEL PODER?—4. REFORMAS CONSTITUCIONALES CON VISTAS A UNA MAYOR LIMITACIÓN DEL PODER.—5. CONCLUSIÓN.—6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN

El artículo examina si la Constitución brasileña de 1988, en sus veinte años de vigencia, ha sido capaz de limitar (y regular) el uso del poder.

Palabras clave: Derecho constitucional, veinte años de la Constitución brasileña, decreto ley.

ABSTRACT

The paper examines if the brazilian Constitution, after twenty years of its promulgation, succeeded in restraining the political power.

Key words: Constitutional law; brazilian Constitution (twenty years); provisional measure.

* Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho del Largo de São Francisco, de la Universidad de São Paulo, y Doctor en Derecho del Estado por la Universidad de São Paulo.

INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es proponer una breve reflexión sobre los veinte años de la Constitución brasileña de 1988.

Para ello, en primer lugar, busca un criterio que permita medir el éxito o el fracaso de la Constitución.

El criterio propuesto es el de la efectividad en la limitación del poder¹, es decir, valorar si la Constitución, en sus veinte años de vigencia, ha logrado limitar el poder, regulando y corrigiendo su ejercicio.

Con esta finalidad, se hace una breve mención al proceso de redemocratización para, a continuación, llevar a cabo un estudio específico sobre la medida provisoria. Por último, se mencionan reformas político-institucionales que parecen favorables a una mayor y mejor limitación del poder.

1. CAPACIDAD DE LIMITAR EL PODER COMO CRITERIO PARA VALORAR EL ÉXITO DE UNA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA

Afirmaba Montesquieu que «la eterna experiencia muestra que todo hombre con poder tiene la tendencia de abusar de él; va hasta donde encuentra límites»². Sugiere, de esta forma, una receta para impedir el abuso: «Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder»³.

En el mismo sentido, Nicola Matteucci afirma que «el poder es una realidad fisiológica en los cuerpos políticos, y o se le da una solución constitucional o surgen poderes irresponsables»⁴. Por ello, el constitucionalismo es un término selectivo, porque implica una técnica de la libertad contra el poder arbitrario⁵.

Por lo tanto, se puede medir el éxito o el fracaso de una Constitución (que se pretenda democrática) comprobando su efectividad o no para el limitar el poder. Se podría pensar en otros criterios (como la concreción de derechos sociales), sin embargo, la limitación del poder es presupuesto necesario de todas las demás tareas de la Constitución. De esta forma, parece correcto adoptar la efectividad constitucional —para limitar el poder— como criterio de evaluación.

¹ Sobre el concepto de «poder», véase AMARAL JÚNIOR (2007): 267-269.

² MONTESQUIEU (1995): 118.

³ MONTESQUIEU (1995): 118.

⁴ MATTEUCCI (1998): 248.

⁵ MATTEUCCI (1998): 23-24.

2. CONSTITUCIÓN DE 1988 Y LIMITACIÓN DEL PODER: LA REDEMOCRATIZACIÓN

Desde este punto de vista, la Constitución brasileña de 1988 puede considerarse una experiencia exitosa. El ejemplo más importante de lo afirmado es el proceso mismo de redemocratización. A este propósito, es oportuno mencionar algunos hechos decisivos de la nueva Constitución.

Primero.—La Constitución de 1988 consolidó la transición de un régimen autoritario a un régimen democrático. Hubo, en este hecho, una verdadera revolución de transición, en la medida en que se produjo de forma ordenada, en el marco de las instituciones políticas existentes⁶.

Segundo.—La nueva Constitución promovió la primera elección directa de la Presidencia de la República tras un intervalo de casi tres décadas⁷.

Tercero.—La Constitución sobrevivió a una crisis política muy grave ya en sus primeros años. Más que eso: ella misma resolvió la crisis, según sus propias reglas⁸. Se produjo el *impeachment* de un Presidente de la República y una nueva transición de poder en la forma constitucional⁹.

Cuarto.—Después, la Constitución proporcionó la elección y la reelección de un Presidente de la República que llevó a cabo importantes reformas políticas, económicas y sociales, cuyos frutos se están recogiendo hasta nuestros días. Estas reformas implicaron modificaciones constitucionales que se llevaron a cabo respetando el proceso de reforma previsto en la Constitución. Además de ello, cuando fue necesario, el Supremo Tribunal hizo valer las limitaciones materiales al poder de reforma constitucional, sin que se produjera ninguna resistencia por parte de otro poder constituido¹⁰.

Quinto.—Por último, la Constitución hizo posible la elección de un presidente de la oposición, que más tarde sería reelegido, hecho que sugiere, claramente, la maduración y consolidación que estaba viviendo la democracia brasileña, dado que permitió el cambio de élites en el poder.

⁶ A este propósito, véase: FERREIRA FILHO (1999): 33-46.

⁷ El artículo 74 de la Constitución de 1967, con la redacción de la Enmienda Constitucional n.º 25, de 15 de mayo de 1985, ya apuntaba en este sentido.

⁸ «Lograr la estabilidad democrática no es simplemente navegar en un mar sin olas; a veces, significa enfrentar un clima enloquecido y peligroso.» [DAHL (2001): 173].

⁹ Sobre el *impeachment* en el derecho brasileño, principalmente en el marco de la Constitución de 1988, incluso con referencia al caso concreto producido en 1992: PINTO (1992): 7-14.

¹⁰ El Supremo Tribunal Federal hace mucho que admite el control de constitucionalidad de enmiendas constitucionales. A este propósito, en la jurisprudencia más reciente, se puede consultar la Acción Directa de Inconstitucionalidad n.º 939-7/DF, en la que actúa como ponente el Ministro Sydney Sanches, juzgada el 15 de diciembre de 1993, y la Acción Directa de Inconstitucionalidad n.º 3.105-8/DF, en la que actúa como ponente del fallo el Ministro Cezar Peluso, juzgada el 18 de agosto de 2004.

3. ¿ES LA MEDIDA PROVISORIA UN EJEMPLO DE LIMITACIÓN DEL PODER?

La medida provisoria se recuerda, habitualmente, como un mecanismo de abuso de poder. No obstante, es posible realizar un raciocinio distinto y considerarla un caso de limitación paulatina del poder: 1) ya sea por la acción del Congreso Nacional, que buscó regular la medida provisoria mediante la Enmienda Constitucional n. 32, de 11 de septiembre de 2001; 2) ya sea por la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, que se muestra cada vez menos tolerante con el exceso de medidas provisionales.

La matriz tanto del decreto ley de la Constitución brasileña de 1967, como de la medida provisoria de la Constitución brasileña de 1988, es el *decreto-legge* italiano.

Curiosamente, el decreto ley brasileño había alcanzado un nivel mayor de contención que el logrado por el *decreto-legge* italiano.

Así, por ejemplo: 1) el decreto ley brasileño tenía un campo temático delimitado, a saber: a) seguridad nacional; b) finanzas públicas, incluidas las normas tributarias; y c) creación de cargos públicos y fijación de vencimientos¹¹; 2) no conocía la reedición, lo que era positivo, aunque admitía su aprobación por transcurso de plazo, característica ésta poco elogiada¹²; 3) en el supuesto de que fuera rechazado, los actos practicados durante su vigencia se mantenían¹³, lo que militaba a favor de la seguridad jurídica. Además, en caso de inconstitucionalidad del decreto ley, el Supremo Tribunal Federal, incluso durante el auge del régimen militar, no dejó de ejercer su papel¹⁴.

A su vez, el *decreto-legge* italiano: 1) no tiene delimitación temática a nivel constitucional; 2) admite reedición, incluso después de la importante decisión de la Corte Constitucional italiana sobre este particular¹⁵; y 3) en caso de caducidad (ya sea por transcurso de plazo, ya sea por rechazo

¹¹ Artículo 55, encabezamiento, de la Constitución de 1967, con la redacción de la Enmienda Constitucional n.º 1, de 17 de octubre de 1969.

¹² Artículo 55, § 1.º, en concordancia con el artículo 51, § 3.º, ambos de la Constitución de 1967, con la redacción dada por la Enmienda Constitucional n.º 1, de 1969.

¹³ Artículo 55, § 2.º, de la Constitución de 1967, con la redacción dada por la Enmienda Constitucional n.º 1, de 1969.

¹⁴ Véase, a este propósito, la declaración de inconstitucionalidad del decreto ley llevada a efecto en el Recurso Extraordinario n.º 62.731/GB, en el que actuó como ponente el Ministro Aliomar Baleeiro, juzgada el 23 de agosto de 1967. Sobre el tema, véase AMARAL JÚNIOR (2006): 44-52.

¹⁵ En la Sentencia n.º 360, de 17 de octubre de 1996, la Corte tomó una decisión considerada, por la doctrina, como «valiente», porque buscó aplicar un correctivo a la reiteración de *decreto-legge* [BIN y PITRUZZELLA (2001): 354]. La Corte entendió que no era posible reconfirmar un *decreto-legge* sin que hubiera habido una alteración de su contenido y sin que existiera el apoyo de nuevos presupuestos de necesidad y urgencia. Nótese: la reconfirmación del

parlamentario), se elimina con carácter retroactivo, incluso en perjuicio de eventuales derechos adquiridos¹⁶.

El proceso constituyente de 1987-1988 tuvo a bien abandonar el decreto ley, por considerarlo —tal vez de modo simplista— un «armatoste autoritario», no obstante, en lo que respecta al poder normativo del Presidente da República, mantuvo como modelo el *decreto-legge* italiano. Tanto fue así que la Asamblea Constituyente se limitó a abandonar la fórmula «decreto ley» a favor de la que surgía de la literalidad del artículo 77 de la Constitución italiana de 1947, a saber, «provvedimenti provvisori», es decir, «providencias provisorias» o, en otras palabras, «medidas provisorias».

No obstante, el mayor problema de la medida provisoria no está en la mera sucesión de fórmulas lingüísticas rigurosamente equivalentes, sino en el abandono de elementos normativos más vigorosos de contención que ya existían en la regulación del decreto ley brasileño, pero no del *decreto-legge* italiano.

Con ello, la medida provisoria de la Constitución brasileña de 1988: 1) nació sin delimitación temática; 2) conoció la reedición en escala aún mayor que la que se produce en el Derecho italiano, lo que se debe, incluso, al plazo original de las medidas provisorias: sólo treinta días, contra sesenta del *decreto-legge*¹⁷; y 3) retrocedió con relación al modelo ita-

decreto-legge no es inconstitucional de forma automática. La Corte reconoce que cada reconfirmación de *decreto-legge*, individualmente considerada, puede ser autónomamente importante, siempre que se funde en nuevos y distintos presupuestos de excepcionalidad, necesidad y urgencia —aunque reproduzca el mismo contenido normativo de decretos anteriores— presupuestos estos que deben darse siempre dentro del plazo constitucional de sesenta días [ANGIOLINI (1997): 115]. La carga de la prueba de la efectiva producción de nuevos presupuestos de excepcionalidad, necesidad y urgencia recae sobre el Gobierno [ANGIOLINI (1997): 116].

¹⁶ La retroactividad de la disolución del *decreto-legge* es inexorable, incluso en materia penal. La Corte Constitucional italiana, en la Sentencia n.º 51, de 19 de febrero de 1985, entendió que incluso la norma penal más beneficiosa que conste en *decreto-legge* objeto de caducidad no puede aplicarse al reo infractor de la norma penal anterior más gravosa, que retoma su aplicabilidad *in casu* [BIN y PITRUZZELLA (2001): 350]. En el mismo sentido, la doctrina italiana clásica: VIESTI (1967): 180-182. En el citado proceso, la Corte declaró inconstitucional el artículo 2, V, del Código Penal italiano, que afirmaba que era aplicable a las normas penales introducidas por *decreto-legge* la disposición del artículo 2, II, del mismo Código. El referido artículo 2, II, dispone que nadie puede ser castigado por un hecho que, según una ley posterior, no constituye delito. Así, la Corte consideró incompatible con el artículo 77, III, primera parte, de la Constitución italiana de 1947 (que dispone que no tiene ningún efecto el *decreto-legge* que no haya sido convertido) la aplicación —en el caso de *decreto-legge* objeto de caducidad— del artículo 2, II, del Código Penal italiano, como derivaba del artículo 2, V, del mismo código [BIN y PITRUZZELLA (2001): 350]. Por tanto, es como si el delito anterior nunca hubiera perdido su eficacia [VIESTI (1967): 181].

¹⁷ «¡Las personas con alguna experiencia sobre el funcionamiento del Congreso Nacional saben que, en esa cámara, en treinta días, a veces, no se aprueba ni una moción de pésame! ¡Hay dificultades enormes! Por lo tanto, ya, aquí, hubo una hipérbole en la fórmula constitucional originaria.» [MENDES (2004): 12].

liano de disolución retroactiva, incluso en perjuicio de eventuales derechos adquiridos.

No obstante este marco, el constitucionalismo brasileño maduró en el sentido de someter las medidas provisionales a una mayor restricción. En principio, es necesario hacer referencia a dos precedentes de gran importancia del Supremo Tribunal Federal, ambos ocurridos en el marco del régimen originario de la medida provisional. Después, es importante examinar la Enmienda n.º 32. Por último, es oportuno tomar conocimiento de los nuevos —y no menos importantes— precedentes del Supremo, ambos posteriores a la Emenda n.º 32.

Primero.—Ya en la Acción Directa de Inconstitucionalidad n.º 293-7/DF, en la que actuó como ponente el Ministro Celso de Mello, juzgada el 06 de junio de 1990, el Supremo Tribunal Federal dejó claro que no se podría reeditar, en la misma sesión legislativa, una medida provisional rechazada por el Congreso Nacional.

Segundo.—En la Acción Directa de Inconstitucionalidad n.º 2.348-9/DF, en la que actuó como ponente el Ministro Marco Aurélio, juzgada el 07 de diciembre de 2000, el Supremo Tribunal Federal, por primera vez, eliminó una medida provisional en razón del incumplimiento del requisito constitucional de urgencia.

Tercero.—El Supremo Tribunal Federal no fue el único órgano en reaccionar contra las medidas provisionales. El Congreso Nacional también lo hizo, en especial, por medio de la Enmienda n.º 32. Antes, el Congreso ya había prohibido que se dictara una medida provisional para regular las materias que constan en enmiendas promulgadas a partir de 1995¹⁸.

La Enmienda n.º 32 trató de regular con mayor rigor la medida provisional. Para ello, retomó —en parte y mejorado— el modelo del decreto ley de la Constitución de 1967. De esta manera: 1) definió, con claridad, materias vedadas a la medida provisional¹⁹; 2) prohibió la reedición de medida provisional no convertida en ley dentro del plazo —más realista— de

¹⁸ Fue el caso de la Enmienda Constitucional n.º 5, de 15 de agosto de 1995 (gas canalizado), de la Enmienda Constitucional n.º 8, de 15 de agosto de 1995 (telecomunicaciones), de la Enmienda Constitucional n.º 9, de 11 de noviembre de 1995 (petróleo). Las Enmiendas Constitucionales n.ºs 6 y 7, ambas de 15 de agosto de 1995, añadieron el artículo 246 a la Constitución, cuya prohibición de medidas provisionales se refiere a cualquier materia objeto de enmienda posterior al inicio del gobierno de Fernando Henrique Cardoso («Se prohíbe adoptar medida provisional para reglamentar artículo de la Constitución cuya redacción haya sido modificada mediante enmienda promulgada a partir de 1995.») Se trató de un acuerdo político que permitió aprobar importantes reformas constitucionales, principalmente en lo que respectaba — en un primer momento— al orden económico.

¹⁹ Artículo 62, § 1.º, de la Constitución.

sesenta días, prorrogable una única vez por igual período²⁰; 3) tuteló de modo adecuado —es decir, a favor de la seguridad jurídica— las relaciones jurídicas derivadas de medida provisoria rechazada o caducada por transcurso de plazo: las relaciones jurídicas constituidas y derivadas de los actos practicados durante la vigencia de la medida provisoria se mantendrán regidas por ella, salvo disposición en contrario del Congreso Nacional mediante decreto legislativo dictado en hasta sesenta días tras el rechazo o pérdida de eficacia de la medida²¹.

No obstante, la novedad más importante de la Enmienda n.º 32 es la imposición de plazos inexorables para realizar la tramitación parlamentaria de la medida provisoria, lo que fuerza o la votación (aprobando, modificando o rechazando), o la caducidad del decreto de urgencia por transcurso de plazo. Con ello, se combate la inercia decisoria. Si ésta se produce, el transcurso del plazo resuelve la suerte de la medida provisoria por caducidad²².

Conforme el § 6.º del artículo 62 de la Constitución: «Si la medida provisoria no fuera apreciada en hasta cuarenta y cinco días contados desde su publicación, entrará en régimen de urgencia y, en consecuencia, en cada una de las cámaras del Congreso Nacional quedarán sobreesidas, hasta que se ultime la votación, todas las demás decisiones legislativas de la cámara en la que se esté tramitando». Como ya se ha sostenido en otros momentos, la idea es buena: dar celeridad al proceso, al decidirse, de forma rápida, la suerte de la medida provisoria. No obstante, cuando se tramitan de forma concomitante varias medidas, el nuevo modelo da lugar a varias paralizaciones de procesos, sobrepuestas y sucesivas. Con ello, se dificultan los trabajos parlamentarios²³. Además, el Presidente de la República asume el poder de disponer e interferir en la agenda legislativa de las cámaras del Congreso Nacional, como ha señalado, con exactitud, el Ministro Celso de Mello²⁴.

De este contexto ya resultan nuevas discusiones parlamentarias para perfeccionar el modelo²⁵, lo que parece posible mediante modificación puntual, como es, la simple revocación del § 6.º del artículo 62 de la Constitución. Ello porque —la práctica así lo demuestra— la paralización de pro-

²⁰ Artículo 62, § 3.º, de la Constitución.

²¹ Artículo 62, §§ 3.º y 11, de la Constitución.

²² AMARAL JÚNIOR (2004): 266.

²³ AMARAL JÚNIOR (2005): E2.

²⁴ Por ejemplo, véase el voto del Ministro Celso de Mello en la Acción Directa de Inconstitucionalidad (medida cautelar) n.º 2.213-0/DF, en la que actuó como ponente el Ministro Celso de Mello, juzgada el 04 de abril de 2002.

²⁵ A este propósito, compruébese la Propuesta de Enmienda Constitucional n.º 511, de 2006, ahora en trámite en la Cámara de los Diputados.

cesos, en su caso, actúa contra el Congreso Nacional, no contra la medida provisoria. Contra ésta, basta el transcurso del plazo, sin decisión parlamentaria, en la forma de los §§ 3º y 11, del artículo 62 de la Constitución.

Cuarto.—En la Acción Directa de Inconstitucionalidad n.º 3.964-4/DF, en la que actuó como ponente el Ministro Carlos Britto, juzgada el 12 de diciembre de 2007, el Supremo Tribunal Federal suspendió la eficacia de la medida provisoria que había reeditado otra, revocada días antes, todo en la misma sesión legislativa. La Corte reconoció, en este caso, violación del artículo 62, § 10, de la Constitución.

Quinto.—En la Acción Directa de Inconstitucionalidad n.º 4.048-1/DF, en la que actuó como ponente el Ministro Gilmar Mendes, juzgada el 14 de mayo de 2008, el Supremo Tribunal Federal suspendió la medida provisoria que había autorizado créditos extraordinarios por un importe global aproximado de R\$ 5.500 millones (casi 2.000 millones de euros). La Corte examinó si las partidas de gastos eran o no imprevisibles y urgentes, requisitos constitucionales exigidos para autorizar créditos extraordinarios. En una decisión histórica, superando jurisprudencia anterior en el sentido de no haber acción directa contra leyes formales, porque carecen de generalidad y abstracción (en el supuesto de las leyes presupuestarias), la Corte conoció la Acción Directa para, a continuación, decidir en el sentido de que las partidas objeto de análisis eran relativas a gastos previsibles y, por lo tanto, no podrían constituirse con créditos extraordinarios, única categoría de normas presupuestarias que se le permite a la medida provisoria tras la Enmienda n.º 32.

Es importante resaltar que el Supremo Tribunal Federal, al examinar los presupuestos constitucionales para dictar medidas provisionales, sigue la tendencia jurisprudencial de importantes tribunales constitucionales, como, por ejemplo, el español²⁶ y el italiano²⁷. Estas cortes, recientemente, también

²⁶ En su Sentencia n.º 68, de 2007, el Tribunal Constitucional español reafirmó precedentes en el sentido de que la necesaria conexión entre la facultad legislativa excepcional y la existencia del presupuesto habilitante conduzca a que el concepto constitucional de extraordinaria y urgente necesidad no sea, de modo alguno, una cláusula vacía de significado, dentro de la que el margen lógico de apreciación política del Gobierno se mueva libremente, sin ninguna restricción, sino, por el contrario, conlleva límite jurídico a la actuación mediante decretos leyes. Por ello, el tribunal sostiene que es su función asegurar ese límite, garantizar que, en el ejercicio de esta facultad, como en el de cualquier otra, los poderes se muevan dentro del marco diseñado por la Constitución. Así, el tribunal puede, en el supuesto de uso abusivo o arbitrario: 1) rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una determinada situación; y, en consecuencia, 2) declarar la inconstitucionalidad de un decreto ley por inexistencia del presupuesto habilitante por invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución (cf. apartado n.º 6 de la citada sentencia).

²⁷ En su Sentencia n.º 128, de 2008, la Corte Constitucional italiana declaró inconstitucional un *decreto-legge* sobre materia tributaria y financiera, con lo que reafirmó precedentes,

eliminaron decretos de urgencia por no observar los presupuestos constitucionales.

Por último, la medida provisoria —que es el más vistoso y estratégico poder del Presidente de la República— fue objeto, en el curso de los últimos veinte años, de importantes restricciones, legislativas y jurisprudenciales, lo que sólo es posible en ambientes democráticos maduros.

4. REFORMAS CONSTITUCIONALES CON VISTAS A UNA MAYOR LIMITACIÓN DEL PODER

Con vistas a una mayor (y mejor) limitación constitucional del poder, es oportuno reflexionar (o insistir sobre) tres reformas institucionales, a saber: 1) adopción del voto por distritos; 2) separación entre Jefatura de Estado y Jefatura de Gobierno; y 3) transformación del Supremo Tribunal Federal en un típico tribunal constitucional.

Las dos primeras pueden entenderse como dos estadios de la maduración y el aprendizaje democráticos. La tercera, una complementación para perfeccionar la jurisdicción constitucional, en beneficio de la democracia.

Primero.—Es preciso establecer lazos y vínculos efectivos entre el ciudadano-elector y su representante-electo. Esto sólo se logra con el voto por distritos. Montesquieu ya apuntaba: «Conocemos mucho mejor las necesidades de nuestra ciudad que las de las otras y juzgamos mejor la capacidad de nuestros vecinos que las capacidades de nuestros demás compatriotas»²⁸.

Es famosa la «ley» de Maurice Duverger según quien el voto mayoritario (en el caso del voto por distritos «puro») tiende al bipartidarismo²⁹. Es lo que sucede en Inglaterra y en Estados Unidos. No obstante, parece plausible suponer que, en Brasil, las peculiaridades regionales permitirían

principalmente, la Sentencia n.º 29, de 1995, y la Sentencia n.º 171, de 2007. Se asentó, una vez más «que la preexistencia de una situación de hecho de la que derive la necesidad y la urgencia de proveer mediante instrumento excepcional, como el *decreto-legge*, constituye requisito de validez constitucional para adoptar el referido acto, de modo que la eventual falta de aquellos presupuestos configura, en primer lugar, un vicio de ilegitimidad constitucional del *decreto-legge* adoptado fuera del ámbito de aplicación constitucionalmente previsto». Además, la Corte reafirmó que la ley de conversión no sana el defecto de los presupuestos constitucionales del *decreto-legge*, porque ello «significaría atribuir, en concreto, al legislador ordinario, el poder de alterar el reparto constitucional de competencias entre el Parlamento y el Gobierno con relación a la producción de las fuentes primarias». (cf. apartado n.º 8 de la citada sentencia).

²⁸ MONTESQUIEU (1995): 119.

²⁹ DUVERGER (2002): 244-255. Con examen pormenorizado del influjo del sistema electoral y partidario sobre la democracia: FERREIRA FILHO (2001): 165-189. Con análisis crítico de las leyes de Duverger: SILVA (1999): 108-124.

que diferentes partidos políticos obtuvieran fuerzas locales variadas (diferentes bipartidarismos regionales). Aún así, de ahí resultaría un número menor de partidos políticos en el Congreso Nacional, con evidente beneficio para el sistema representativo, que sería menos heterogéneo y, por lo tanto, más estable.

Segundo.—Estabilizada la representación partidaria, se debe reflexionar sobre el sistema de gobierno, para que el Gobierno resulte de la mayoría parlamentaria y no lo contrario. Es preciso invertir la ecuación de la democracia brasileña, es decir, hacer que el Gobierno resulte de la mayoría parlamentaria para que ambos sean, desde luego, responsables de las políticas públicas. En caso contrario, cuando el Gobierno se establece con independencia de la mayoría parlamentaria existente, precisa obtener una mayoría para legitimar sus políticas. De ahí derivan severas distorsiones institucionales, como las experimentadas recientemente³⁰. De la conjugación —natural— entre Gobierno y mayoría parlamentaria (porque se toma como origen y fundamento de aquél) saldrían fortalecidos tanto el Gobierno como el Congreso. El primero, porque ganaría legitimidad; el segundo, porque ganaría participación y control. Era justamente en función de esas circunstancias que Aliomar Baleeiro —que afirmaba que no sentía una gran devoción por venerandos huesos de Montesquieu—³¹ sostenía que no había Gobierno más fuerte que el parlamentario³². Más fuerte y más legítimo.

Tercero.—Por último, parece auspicioso, al menos, aproximar el Supremo Tribunal Federal a las características de un típico tribunal constitucional³³, especialmente para reforzar y garantizar su papel contramayoritario,

³⁰ «Durante mucho tiempo, los ministros ingleses se aseguraban sólidas mayorías comprando los votos, si no las conciencias de los diputados. Esto era casi oficial: existía en la Cámara misma una taquilla donde los parlamentarios iban a cobrar el precio de su voto en el momento del escrutinio. En 1714 se estableció el puesto de secretario político de la tesorería para asumir esas operaciones financieras; dicho secretario fue llamado muy pronto *the Patronage secretary* porque disponía la nominación de los empleos del gobierno a título de corrupción. Distribuyendo así el maná gubernamental a los diputados de la mayoría, el *Patronage secretary* vigilaba de cerca sus votos y sus discursos: se convertía para ellos en el hombre del látigo, *the Whip* (etimológicamente, *whip* significa «látigo»; en lenguaje de cacería, designa a los monteros provistos de látigo, que dirigen a la jauría hacia la bestia perseguida).» [DUVERGER (2002): 18]. En el mismo sentido, MATTEUCCI (1998): 153.

³¹ Voto del Ministro Aliomar Baleeiro en el juicio de amparo «Mandado de Segurança» n.º 16.003/DF, cuyo ponente es el Ministro Prado Kelly, juzgado el 30 de noviembre de 1966.

³² Voto del Ministro Aliomar Baleeiro en el Recurso Extraordinario n.º 62.731/GB, en el que actuó como ponente es el Ministro Aliomar Baleeiro, juzgado el 23 de agosto de 1967.

³³ Sobre la caracterización de los tribunales constitucionales: FAVOREU (2004): 27-39; MORAIS (2000): Capítulos 5-8. Louis Favoreu señala las siguientes condiciones de existencia de los tribunales constitucionales: a) contexto institucional y jurídico peculiar: sistema de gobierno parlamentario o semiparlamentario, dualidad o pluralidad de jurisdicciones, etc.; b) es-

de protección de la minoría parlamentaria³⁴. Este papel ya es, en la actualidad, efectivo. Véanse, por ejemplo, las antes citadas —e recientes— Acciones Directas n^{os} 3.964-4/DF y 4.048-1/DF. Aún así, conviene institucionalizar la mecánica contramayoritaria. Para ello, bastaría, por ejemplo, establecer mandatos fijos, renovados en partes iguales dentro de períodos ciertos de tiempo, para hacer improbable que un mismo Gobierno pueda designar la mayoría de los miembros del Tribunal³⁵ (lo que, al menos en teoría, puede comprometer el carácter contramayoritario —o de protección de la minoría parlamentaria— de la Justicia Constitucional).

5. CONCLUSIÓN

Las instituciones brasileñas viven un período de evidente estabilidad y de efectiva regencia constitucional. La Constitución se hace valer en el juego político, aunque, en el límite, diversas cuestiones se decidan por el Supremo Tribunal Federal, cuya autoridad los actores de la democracia brasileña reconocen y respetan. Actúa como árbitro del juego político y, como tal, se acepta.

No obstante, eso no significa que no se deba buscar el perfeccionamiento del modelo. El hecho de que la Constitución sea capaz de regular el poder no significa que no se deba buscar una aún mayor —y mejor— limitación, lo que repercute a favor de la democracia misma: «La innovación dentro de las instituciones, el progreso en la conservación»³⁶. En el caso de las instituciones brasileñas, éstas son funcionales, pero aún están sujetas a diversas vicisitudes delicadas, en especial, en lo que respecta a la corrupción.

Como se ha visto, es propio del poder probar sus límites y, por ello, deben renovarse constantemente, se insiste, a favor de la democracia. Como expone correctamente Robert Dahl: «En casi todas (tal vez todas) las organizaciones por cualquier parte, hay algún espacio para alguna democracia. En casi todos los países democráticos hay bastante espacio para más democracia»³⁷.

tatuto constitucional que haga al tribunal independiente de cualquier otra autoridad estatal; c) monopolio del contencioso constitucional a favor del tribunal; d) designación de jueces no magistrados por autoridades políticas; e) configuración de una verdadera jurisdicción por parte del tribunal; f) jurisdicción ésta que está fuera del aparato jurisdiccional común.

³⁴ KELSEN (1981): 201-203.

³⁵ De acuerdo con la minuciosa exposición de Favoreu, una parte considerable de los tribunales constitucionales europeos adopta mandatos fijos para sus miembros (por ejemplo, los tribunales constitucionales alemán, italiano, francés, español y portugués). Sin embargo, hay excepciones a favor de la vitalicidad limitada a los setenta años de edad (por ejemplo, los tribunales constitucionales austriaco y belga).

³⁶ MATTEUCCI (1998): 252.

³⁷ DAHL (2001): 133.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (2005): «A limitação à edição das medidas provisórias», *Valor econômico*, edición de 20-04-2005, p. E2.
- (2004): *Medida provisória e a sua conversão em lei*, São Paulo, Revista dos Tribunais.
- (2006): *Memória jurisprudencial: Ministro Aliomar Baleeiro*, Brasília, Supremo Tribunal Federal.
- (2007): «Poder», *Dicionário brasileiro de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, pp. 267-269.
- ANGIOLINI, Vittorio (1997): «La ‘reiterazione’ dei decreti-legge. La Corte censura i vizi del Governo e difende la presunta virtù del Parlamento?», *Diritto pubblico*, n.º 1, pp. 113-121.
- BIN, Roberto y PITRUZZELLA, Giovanni (2001): *Diritto costituzionale*, Turín, Giappichelli.
- DAHL, Robert (2001): *Sobre a democracia*, Brasília, UnB.
- DUVERGER, Maurice (2002): *Los partidos políticos*, Madrid, Fondo de Cultura Económica.
- FAVOREU, Louis (2004): *As cortes constitucionais*, São Paulo, Landy.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves (2001): *A democracia no limiar do Século XXI*, São Paulo, Saraiva.
- (1999): *O poder constituinte*, São Paulo, Saraiva.
- KELSEN, Hans. (1981): «La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La giustizia costituzionale)», *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, pp. 143-214.
- MATTEUCCI, Nicola (1998): *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Madrid, Trotta.
- MENDES, Gilmar Ferreira (2004): Prefacio al libro *Medida provisória e a sua conversão em lei*, São Paulo, Revista dos Tribunais, pp. 11-18.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, barón de la Brède et de (1995): *O espírito das leis*, traducción de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília, UnB.
- MORAIS, Alexandre de (2000): *Jurisdição constitucional e tribunal constitucional*, São Paulo, Atlas.
- PINTO, Paulo Brossard de Souza (1992): *O impeachment*, São Paulo, Saraiva, 1992.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da (1999): *Sistemas eleitorais*, São Paulo, Malheiros.
- VIESTI, Giuseppe (1967): *Il decreto-legge*, Nápoles, Jovene.