

July 28, 2009  
Linkages Newsletter

The 16th year of the Latin American Linkage Program has just concluded. Year in and year out, participating students at Yale and our partner institutions take it upon themselves to give their guests an insider's view of their education and lifestyle, and the continuing success of the program must be attributed to their energy and commitment. This past year was no different; both in New Haven and in Argentina, Brazil, and Chile, the program hosts managed to put together unforgettable activities all the while juggling their regular academic and professional responsibilities. In Brazil, our students were able to meet *tête-à-tête* with ex-President of the Republic Fernando Henrique Cardoso. In Argentina, an impromptu Linkages reunion occurred when the students attended a guest lecture given by Cristina Rodriguez (Linkages '98). At the talk's close, Prof. Rodriguez, who will be teaching at Yale this coming year, asked the peskier of her interrogators to identify themselves, and after learning they were this year's Linkages delegation arranged to meet them for lunch. While the Universidad de Chile was racked for the second straight year by student unrest, it seems this year's manifestations were incomparable. For one thing, this year the Dean of the law school, Roberto Nahum, was forced to resign. Our students were greeted by the words EN TOMA unfurled from a giant banner on their first visit. Students had taken over the classrooms with sleeping bags, made huge placards listing their demands, and generally organized a system of self-governance. Besides the cleaning assignments, the striking students had set up general meetings and elected spokespeople. Attending one of the "asambleas" was like attending a future session of parliament, another of the kind of learning experience the directors of Linkages are happy to hear about.

The New Haven portion of the program took place from February 1st to February 21st. Ten law students and one law professor visited us from Universidad de Palermo, Universidad Diego Portales, Universidade de São Paulo and Universidade do Estado do Rio de Janeiro. The ability of the program to attract some of the most talented students from its partner universities once again resulted in a knowledgeable and warm-hearted group that it was a great pleasure to welcome to New Haven. We heard them bemoan hobbled anti-corruption laws in Argentina and debate whether or not the constitutional reforms and application of amnesty in the late 80s and 90s in all three countries were sufficient, necessarily limited, or in need of changes. In this issue of the Linkages Newsletter you will find four of the student presentations in article form. They are a product of the academic research that their authors conducted both at their home institutions and at Yale Law School during February 2009.

Over 300 students have now participated in the Linkage Program. We are pleased to share with you the following scholarly works that demonstrate that the spirit of justice-minded reform that brings the participants together continues to grow.

Bradley Hayes  
Coordinator of International Programs  
Yale Law School

## Índice

Gustavo Beade – Universidad de Palermo.....3

*La Suerte en el resultado, la responsabilidad penal y la importancia del concepto de riesgo*

Camila Blanco – Universidad de Palermo.....14

*Corrupción, secreto e impunidad*

Luciana Ekmekdjian – Universidad de Palermo.....26

*Inmigrantes y acceso a derechos económicos, sociales y culturales en Argentina. Reflexiones sobre el problema como fenómeno multi-dimensional*

Luciana S. Reis – Universidade de São Paulo.....37

*Medidas provisórias no STF: o papel do tribunal no presidencialismo de coalizão*

**LA SUERTE EN EL RESULTADO, LA RESPONSABILIDAD PENAL Y LA  
IMPORTANCIA DEL CONCEPTO DE RIESGO**

**GUSTAVO A. BEADE\***

**§1.- INTRODUCCIÓN.**

Vivimos en un mundo en donde la idea de lo desconocido, de lo incontrolable es bastante problemática. Todo el tiempo tratamos de combatir el azar que sobrevuela nuestras vidas. Difícilmente aceptemos que gran cantidad de las cosas que hacemos dependen de factores ajenos a nuestras voluntades y también a nuestras complejas planificaciones. Existen circunstancias en nuestra vida, en donde la suerte juega un papel tan determinante como imposible de controlar.

Así, aceptar en alguna medida la idea de que la suerte existe, que hay un factor de azar en nuestras decisiones, implica -en gran parte- que no todas nuestras conductas están controladas por la voluntad, que nosotros no somos responsables de todas nuestras acciones debido a que aparecen situaciones en las que la suerte ha influido, y que en cierta forma, ha limitado seriamente nuestra capacidad de decidir qué curso debe tomar nuestra vida<sup>1</sup>. Aquí es importante pensar en la idea de la *suerte moral*.

---

\* Abogado (Universidad de Buenos Aires, 2003). Becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) 2009/2010. Quisiera agradecer por los comentarios a una versión anterior de este trabajo a Jaime Malamud Goti, Gonzalo Penna y Santiago Roldán. Por otra parte también quisiera agradecer los comentarios, críticas y preguntas a los miembros del *Latin American Reading Group*, de la Yale Law School en donde este trabajo fue presentado el 11 de febrero de 2009, en particular a Seth Wayne, Elizabeth Compa, Tafari Lumumba, Vanessa Selbst, Eric Fish, Alex Ifitimie, Juliana Ribeiro, Cheryllyn Bentley, Juliana Rodriguez, Camila Blanco, Luciana Ekmekdjian, Sophie Hood, Carlos Berrezueta, Diego Papayannis y Francisca Espinosa.

<sup>1</sup> En este sentido, se ha afirmado que “Algo que ocurre por causa de la suerte es algo que ocurre fuera del control de cualquiera” *vid.* MICHAEL J. ZIMMERMAN, “Luck and Moral Responsibility”, *Ethics*, Vol. 97, N° 2 (1987), p. 376. Hay autores que gráficamente sostienen que la suerte es como el agua, que todo lo penetra, *vid.* LEO KATZ, “Why the successful assassin is more wicked than the unsuccessful one”, 88 *Cal. L. Rev.* 791, 792 (2000).

Mi propósito en este texto será trabajar solamente con un aspecto reducido del concepto de suerte moral: *la suerte en el resultado*<sup>2</sup>. Esta formulación será utilizada para intentar analizar, qué relevancia deberían tener los resultados de las conductas, en el marco de una teoría de la responsabilidad penal<sup>3</sup>. El objetivo del trabajo, será establecer que implicancia tiene la suerte en nuestras vidas, y luego, si debe y puede tener valoración para asignar o no, responsabilidad criminal<sup>4</sup>.

En primer lugar, haré una descripción breve y acotada de los conceptos de suerte moral desarrollados por THOMAS NAGEL. Luego analizaré, a grandes rasgos, la relevancia que tiene el azar en nuestras vidas, y cómo desde la filosofía política se han realizado grandes esfuerzos por combatirlos. Por último, concentrándome solamente en el concepto de *suerte en el resultado*, trataré la cuestión acerca de si este concepto debe ser considerado - y en que medida - a los fines de imponer o no un castigo penal.

Adelanto que mi propuesta será sostener que afirmar la existencia de la suerte es un punto sin retorno, aunque según mi criterio, plenamente cierto. La suerte es algo innegable está en todos lados, todo lo impregna, y claramente no podemos controlarla. Por lo tanto, el argumento que utilizaré, será que de acuerdo a lo expuesto, la suerte, no debe influir en nuestros *juicios de castigo*, ello, sólo si tenemos en mente, como yo lo tengo, una teoría del castigo basada en la prevención de los daños futuros (teoría de la prevención). A mi juicio, lo que

---

<sup>2</sup> Vid. un desarrollo del concepto de suerte en el resultado (outcome luck) en el trabajo de THOMAS NAGEL, "Moral Luck" en *Mortal Questions*, Cambridge, 2002, p. 28.

<sup>3</sup> Con más detalle, BRYNMOR BROWNE, "A Solution to the Problem of Moral Luck", *The Philosophical Quarterly* Vol. 42 N° 168, p. 345. Sobre la equivalencia que deben tener las normas y la moral social vid. PAUL H. ROBINSON, "Why does the Criminal Law care what the Layperson Thinks is Just? Coercive versus Normative Crime Control", *Virginia Law Review* 86 (2000), p. 1839. En un sentido similar véase GEORGE FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Little Brown, 1978, p. 472/83, citado a través de JOEL FEINBERG, "Equal Punishment for Failed Attempts: Some Bad But Instructive Arguments against it", *37 Ariz. L. Rev.* 117, 121 (1995).

<sup>4</sup> Sigo aquí a JAIME MALAMUD GOTI, "Rethinking Punishment and Luck, Symposium: Twenty-Five Years of George P. Fletcher's *Rethinking Criminal Law*", *39 Tulsa L. Rev.* 861 (2004) .

importa en esta medida, es únicamente el riesgo que tienen las acciones en sí mismas, valoradas objetivamente<sup>5</sup>.

## §2.- EL CONCEPTO DE SUERTE MORAL

Podríamos establecer como pauta *iuris tantum* que: nosotros somos responsables por las cosas que hacemos y por las que dejamos de hacer. Ahora bien, esta responsabilidad que debemos adjudicarnos por nuestras conductas, implica también la adjudicación de un premio o un castigo por ese hecho, en muchos casos. En este sentido la mera suerte, que puede influir en nuestras conductas habituales, se transforma en *suerte moral*, es decir, en el hecho de que una persona se moralmente responsabilizada o alabada, en parte, por su suerte.

En efecto, este premio o castigo se otorga mediante una *evaluación moral* del agente, a la luz de la conducta realizada. Trataré de explicar ahora, las tres clases de suerte que han sido desarrolladas por THOMAS NAGEL en su artículo *Moral Luck*.

La primera categoría que establece es la *suerte constitutiva*, que implica el tipo de persona que somos, esto es, no sólo una cuestión acerca de lo que intencionadamente hacemos, sino también acerca de nuestras inclinaciones, capacidades y nuestro temperamento<sup>6</sup>, no podemos saber si seremos sensibles, afectivos, altos, bajos, etc<sup>7</sup>.

La segunda categoría es la *suerte situacional* que tiene vinculación con el tipo problemas y situaciones que uno debe enfrentar<sup>8</sup>. Básicamente las situaciones que rodean nuestra vida y el medio en el cual actuamos. Algunos personas nacieron dentro de una familia y una

---

<sup>5</sup> Ello, como una forma de distinguir mi argumento de lo que propone el subjetivismo penal por ejemplo. Para más detalles, véase ROBINSON / DARLEY, "Objectivist Versus Subjectivist Views of Criminality: A Study in the Role of Social Science in Criminal Law Theory", *18 Oxford J. of Legal Stud.* 409, (1998), p. 415. Acerca de esta problemática, hay algunos autores que consideran el riesgo pero como un complemento del daño concreto. De esta manera entienden que existe un *riesgo de daño*, en el cual se consideran los daños a intereses que disminuyen el bienestar inicial de las víctimas y por otro lado un resultado tangible, un *daño concreto*. Acerca de esta distinción *vid.*, CLAIRE FINKELSTEIN, "Is Risk a Harm?", *151 U. Pa. L. Rev.* 963 (2003), p. 964.

<sup>6</sup> T. NAGEL, *Moral Luck*, p. 28.

<sup>7</sup> MALAMUD GOTI, *Rethinking*, cit., p. 863.

<sup>8</sup> T. NAGEL, *op. cit.*, p. 28.

comunidad harmoniosa y ordenada, otros, en cambio, se han criado en pobres y violentos vecindarios<sup>9</sup>.

La última categoría es la que trataré en los apartados siguientes con un poco más de detalle, se trata de la *suerte en el resultado*, que radica en cómo se concretan nuestros proyectos, como culminan nuestras acciones en el mundo, luego de que intencionadamente, por ejemplo, movemos el cuerpo<sup>10</sup>. Es la buena o mala suerte en la manera en que las cosas suceden, luego de que el agente decidió o tomó un curso de acción<sup>11</sup>. Aquí se presentan gran cantidad de problemas en materia de responsabilidad penal como veremos en este trabajo.

### **§3.- LA RESPONSABILIDAD PENAL Y LA SUERTE EN EL RESULTADO.**

Desde hace algunos años, hay un sector de la filosofía política contemporánea que ha entendido que es necesario tomar medidas para neutralizar de alguna forma la (mala) *suerte constitutiva* que provoca diferencias entre las personas que luego, difícilmente puedan recomponerse. Se trata de los filósofos comprometidos con el llamado *liberalismo igualitario*. Este pensamiento que tiene entre sus miembros más notables a JOHN RAWLS, RONALD DWORKIN, GERALD COHEN, PHILIPPE VAN PARIJS y el mismo THOMAS NAGEL, entre otros<sup>12</sup>, quienes han sido denominados en un trabajo reciente por ELIZABETH ANDERSON como “igualitarios de la suerte”<sup>13</sup>. El trabajo llevado a cabo por estos “igualitarios de la suerte” no es uniforme. En este

---

<sup>9</sup> MALAMUD GOTI, *Rethinking*, p. 863.

<sup>10</sup> MALAMUD GOTI, *Rethinking*, p. 863.

<sup>11</sup> DANIEL STATMAN, “The Time to Punish and the Problem of Moral Luck”, *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 14, N° 2, 1997, p. 132.

<sup>12</sup> Vid. JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, 1971, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass. PHILIPPE VAN PARIJS, *Real Freedom for All. What (if anything) can justify capitalism?* Oxford, 1995. THOMAS NAGEL, *Equality and Partiality*, Oxford University Press, Nueva York-Oxford, 1991.

<sup>13</sup> ELIZABETH ANDERSON, “What is the Point of Equality?” *Ethics* 109 (1999), p. 287. Señala ANDERSON críticamente que los autores citados, tienen la visión de que el punto fundamental del igualitarismo reside en compensar a las personas por su inmerecida *mala suerte*: el haber nacido con una dotación pobre, malos padres, una personalidad desagradable, que hayan sufrido accidentes o enfermedades, entre otras cosas.

sentido, existen muchas diferencias entre las propuestas que efectúan a los fines de modificar estos efectos, que produce y ha producido el azar.

Por otra parte, el problema de la valoración de los resultados de las acciones, transita por varios carriles en el derecho penal. Probablemente, la cuestión más ampliamente discutida, sea la problemática referida a la desigualdad del castigo respecto de quienes intentan llevar a cabo una conducta y los que efectivamente logran su cometido. No tomaré partido por ninguna de las dos posturas, dado que considero que moralmente, no es lo mismo lograr un resultado que no lograrlo<sup>14</sup>. En este sentido, mi postura será algo diferente.

En principio, me parece necesario afirmar que el resultado no puede cumplir ninguna función en sí mismo dentro de una teoría del castigo penal. Sólo tiende a reflejar el grado de suerte que tuvo o no la acción llevada a cabo. Debo decir que el resultado no cumple ningún rol, ni siquiera un rol epistemológico, que permita reconstruir con cierta fidelidad la voluntad, el conocimiento, y el esfuerzo puesto al servicio de la acción delictiva<sup>15</sup>. Así, las intenciones del autor sólo pueden confirmarse en algunos casos, siempre parcialmente.

En esta dirección, la utilización de la *causalidad* para resolver estas situaciones deviene problemática. Es correcto afirmar que el resultado, nos sirve para reconstruir a través de la causalidad, acciones e intenciones. Sin embargo, esto no deja de ser siempre parcial y condicionado. Habría varios caminos para recorrer si partimos desde el interior de un individuo, que podrían desembocar en la misma consecuencia. Partiendo del resultado el camino está

---

<sup>14</sup> En este aspecto, acuerdo con lo expuesto por ROBINSON, “Prohibited Risks and Culpable Disregard or Inattentiveness: Challenge and Confusion in the Formulation of Risk-Creation Offenses”, *4 Theoretical Inquiries L.* 367, 372 (2003). Sin embargo, no acuerdo con la idea que esta intuición deba necesariamente trasladarse a una sanción penal. En relación a este aspecto, ROBINSON señala que hay una evaluación moral de la sociedad que expresa que hay un juicio intuitivo de mayor responsabilidad cuando hay una muerte, que cuando no la hay. *Vid* ROBINSON, “Some Doubts about Argument by Hypothetical”, *88 Cal. L. Rev.* 813, 816 (2000).

<sup>15</sup> A favor del rol epistemológico de los resultados *vid.* ALEGRE, *El resultado moral de las acciones*, trabajo que fuera presentado como ponencia en el marco del Congreso Internacional de Derecho Penal “75° Aniversario del Código Penal” p.3.

*recorrido* previamente. Creo que hay una gran cantidad de circunstancias muy indeterminadas, siempre pasibles de no ser concretadas en las que el resultado simplifica el problema, *lo distorsiona*, dado que alrededor del mismo se construye una ficción acerca de lo que el agente realmente quiso hacer.

Pero volvamos a la cuestión de la responsabilidad. Tal como lo he afirmado previamente, no me parece que sean moralmente iguales, dos personas que realizan la misma conducta, de las cuáles sólo uno de ellas concreta la misma. Es posible afirmar que si dos personas disparan sobre un tercero, y sólo uno de los tiradores acierta, sólo el que acierta será un homicida no el otro, por lo que debería ser reprochado moralmente en mayor medida que el que no acertó. Uno *es* un homicida, mientras que el otro no lo es. El resultado, en esta medida, nos provee elementos para que nuestra evaluación moral sea diferente, pero el resultado, *no es el punto determinante* a tener en cuenta. Valoramos moralmente a las personas de una forma muy compleja. Nuestra idea de un individuo se forma a través de sus acciones y también los resultados de esas acciones; de esta forma tendemos a describir cómo *es* una persona; somos buenos consejeros no sólo porque prestamos nuestro tiempo para dar consejos, sino porque las recomendaciones tienen efectos. Somos buenos profesores, porque damos buenas clases, porque escuchamos a los alumnos, porque estamos interesados en los que hacemos; no porque aprobamos a con buenas calificaciones a todos los cursantes.

Sin embargo, desde un punto de vista basado en el castigo penal, la evaluación no puede ser igual. A mi juicio, el castigo no implica una evaluación moral del culpable. Se trata de una valoración mucha más esquemática, analítica. Así, quien lleva a cabo una conducta prohibida por una norma penal, debe ser castigado, punto. No hago ninguna evaluación moral de la conducta del infractor; ello dado que esto se transforma en algo bastante problemático. El

hombre que quiso jugarle una broma a su suegra y la mató, y el que quiso matarla y lo hizo de un disparo no pueden ser moralmente equiparados como *homicidas*, *esto es, no son igualmente "malvados"*; uno fue imprudente, el otro *es* un asesino. Sí en cambio, una ley penal puede equipararlos, dado que sus conductas convergen en el mismo tipo delictivo.

Desde un aspecto estrictamente penal, considero que desde una teoría como la que he señalado, que tiende a lograr la prevención de los delitos, en este caso los homicidios, que uno haya concretado la conducta que ambos llevaron a cabo, no logra explicar suficientemente, la necesidad de valorar *ese* resultado. Concretamente, la valoración de los resultados en las normas penales implica, ni más ni menos, que *cuantificar* la suerte en algo bien concreto, la adjudicación de *un plus* de responsabilidad, que en los hechos no existe<sup>16</sup>.

En la actualidad, existe una gran cantidad de autores que presentan argumentos serios que sostienen que los resultados no deben ser valorados por las normas penales. Se ha expuesto habitualmente que el homicida es sancionado más severamente que el que intenta asesinar. La tentativa exitosa merece más castigo que la tentativa fallida, he aquí la *regla de la diferencia*. No coincido plenamente con ninguno de estos autores, sin embargo intentaré nutrirme de muchos de ellos para cimentar alguna idea convincente. Me centraré en dos aspectos centrales para mi argumentación: el primero de ellos, será rechazar la relevancia de los resultados penales, mientras que el segundo punto será presentar ideas que fundamenten el concepto -a mi juicio central- del riesgo.

En este sentido, se ha dicho que no tenemos ninguna posibilidad de seleccionar nuestro estado atlético, nuestra inteligencia, ni nuestro estatus socio-económico. Por lo tanto, la suerte,

---

<sup>16</sup> En relación a esto, KIMBELY KESSLER, "The Role of Luck in the Criminal Law", *142 U. Pa. L. Rev.* 2183 (1994), sostiene que la suerte juega actualmente un rol preponderante en nuestro sistema legal. Otro punto de vista que difiere del mío puede verse en DAVID LEWIS, "The Punishment that Leaves Something to Chance", *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 18, N° 1 (1989), p. 54.

no tiene que tener ningún lugar en nuestro sistema de justicia penal<sup>17</sup>. Este punto es básico, en principio para rechazar el resultado, como una forma de valorar la suerte de las conductas realizadas. No acuerdo con quienes sostienen que el resultado debe ser rechazado porque está fuera del control de mis acciones<sup>18</sup>. Dentro de una estructura congruente, como la que intento defender, la aceptación de la idea de suerte, abarca los tres aspectos explicados, no es posible parcializar esta cuestión<sup>19</sup>.

Por otra parte, es importante remarcar que quienes defienden en mayor o menor medida la tesis de que los resultados no deben ser considerados (*tesis de la irrelevancia*), en general no tienen fundamentos demasiado complejos para intentar desarticular el argumento de que intuitivamente la mayoría de las personas pensaría que es necesario sancionar más a quien concreto un resultado que quien falló en su intento. Su explicación se reduce a señalar que aplicar mayor sanción, por el sólo hecho de haberse producido un resultado es irracional<sup>20</sup>. En esta medida, acuerdo con esta postura, en este aspecto. No hay racionalidad en aplicar mayor castigo a quien por *suerte* provoca un resultado. Ello implica otorgarle un valor a la suerte en los resultados, a todas luces incomprensible. Castigamos sólo a los que tienen *mala* suerte, y cometen un homicidio y no al que tiene *buena* suerte y su víctima es atendida por el mejor médico de la ciudad y trasladado en ambulancia por un ex – campeón de fórmula uno.

---

<sup>17</sup> KESSLER, *op. cit.*, p. 2184.

<sup>18</sup> CHRISTOPHER RUSSEL, “Does attempted murder deserve greater punishment than murder? Moral Luck and the duty to Prevent Harm”, *18 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol’y* 419 (2004), 419/423. También MARK PELMAN, “Punishing Acts and Counting Consequences”, *37, Ariz. L. Rev.* 227, 227 (1995); STEPHEN SCHULHOFER, “Harm and Punishment: A Critique of Emphasis on the Results of Conduct in the Criminal Law”, *122 U. Pa. L. Rev.* 1497 (1974).

<sup>19</sup> En relación a la aceptabilidad o no de la idea de la suerte, las posiciones son bien diversas. Vid. entre otros: STEPHEN J. MORSE, “The Moral Methaphysics of Causation and Results”, *88 Cal. L. Rev.* 879, 880 (2000); ZIMMERMAN *op. cit.*, p. 382; BROWNE, *op. cit.*, p. 346.; STATMAN, *op. cit.*, p. 132; R.A. DUFF, *Criminal Attempts*, Oxford, 1996, p. 329, dice que nuestras acciones, siempre en algún grado, están fuera de mi control.

<sup>20</sup> Esta posición es defendida por SANFORD H. KADISH, “Foreword: The Criminal Law and the luck of the draw” *84 J. Crim. L. & Criminology* 679 (1994), 695; y también por FEINBERG, *op. cit.*, p. 118.

Castigar más severamente a alguien por la *mala* suerte que ha tenido en su vida, y aún más considerarla una mala persona por todo lo que hace valorando solamente las consecuencias de *eso* que hace, resulta por lo menos *injusto*. Es por ello que, la valoración del resultado como propone la ley penal es un baremo concreto que pretende acentuar las desigualdades sociales en las que vivimos. Así, probablemente quienes más se perjudicarán con la imposición de una mayor sanción para quienes concretan una conducta riesgosa, serán probablemente quienes por su *suerte constitutiva* hayan nacido en un hogar no muy agradable, quien hayan tenido grandes limitaciones económicas para lograr un desarrollo intelectual concreto, que a su vez su *suerte situacional* se encuentren en circunstancias de dificultad extrema, en donde han tenido llevar adelante conductas delictivas o cercanas al delito, etc<sup>21</sup>. Cuando alguien hace algo malo, nuestra atención se focaliza sobre esta persona, y lo inculpamos por lo que hizo. Las acciones están solas, sin las influencias del pasado, o muchas otras de las circunstancias que permitieron dicha acción<sup>22</sup>. Es por ello, que como lo he señalado, castigar sólo por los resultados parcializa la historia de una persona.

Podría decirse que valorar los resultados, resulta más acorde con una concepción igualitaria de la sociedad, dado que esta valoración descarta factores moralmente irrelevantes como antecedentes ilegítimos para la distribución de cargas y beneficios (*suerte constitutiva*). La valoración del resultado, permitiría descartar toda una serie de factores que influyen en la comisión de un hecho delictivo, dado que el curso causal posterior a la conducta es el único que viene a cumplir un rol igualador dado que la naturaleza reacciona igual frente a todos los

---

<sup>21</sup> JAMES J. GOBERT, "The Fortuity of Consequence", 4 *Crim. L.F.* 1, (1993), 11.

<sup>22</sup> BROWNE, *op. cit.*, p. 353. DUFF, citando a los llamados "teóricos del carácter" explica que estos teóricos pueden decir respecto del castigo que no debemos descontar la suerte constitutiva, dado que "la ley penal debe tratar con nosotros como somos", *vid.* R.A. DUFF, *Criminal Attempts*, *cit.* p. 328; ARTHUR RIPSTEIN, "Equality, Luck and Responsibility", *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 23, N° 1 (1994) 21, sostiene que *la idea de responsabilidad sólo tiene sentido relacionándola con la idea de igualdad*.

agentes. Esta solución no me parece del todo acertada. En mi opinión, no es el resultado el consigue ese efecto igualador perseguido. En efecto, al concretarse las acciones, tiene lugar la *suerte en el resultado*. Así, las desigualdades físicas, intelectuales, económicas, culturales que influyen antes y durante el desarrollo de la acción, no llegan a ser neutralizadas por la concreción de las mismas; más bien constituyen un eslabón más de desigualdades. La valoración de la suerte en el resultado a los fines de responsabilizar a un individuo, analizada de esta manera, prescinde de efectuar valoraciones morales acerca de las buenas o malas intenciones del agente, de sus carencias emocionales, físicas o intelectuales, sólo constata la producción o no de un determinado acontecimiento. Sin embargo, la simplificación de estas valoraciones deja de nuevo en el camino el objeto de la prevención: *evitar el daño*. Por último, debo señalar que admitir que estas personas serán seguramente, por las razones que fuera (tendrán los peores abogados, llevarán adelante planes torpes que probablemente sean fácilmente descubiertos), serán atrapadas asiduamente por el sistema penal, es el primer paso para reconocer que el resultado sólo acentúa estas desigualdades; no porque se establezca con esa finalidad, sino porque carece de racionalidad.

#### **§5.- BREVES CONCLUSIONES**

Intente mostrar -y espero haberlo logrado- que el problema de la suerte, ya ha sido abordado por la filosofía política y que es necesario que sea todavía discutido en el ámbito penal. Mi propuesta vincula la idea de no considerar los resultados, dado que los mismos, nada aportan a la valoración del castigo que debe efectuarse ante una conducta prohibida. Es por ello que veo a la valoración del resultado, con una imagen como la que pretende describir el título de este trabajo: dados tirados. El análisis de las conductas concretadas, significa eso, que los dados ya están tirados; que la suerte en definitiva ha sido valorada negativamente, materializa, como dije

en una mayor cantidad de sanción. La evaluación de la suerte que realiza el derecho penal, a través de los resultados, distorsiona, recorta la historia de una persona para castigarla. Esto, de ninguna manera puede ser el criterio rector de una teoría del castigo, circunscripta a la prevención, dado que no cumple los propios fines que promete una formulación de este tipo: prevenir. A través de la prevención, lo que se deben prevenir son los riesgos. Una evaluación como esta, implica, según lo que traté de exponer, menor trato desigual ante situaciones iguales, y mayores posibilidades de llegar a soluciones más justas.

## **Corrupción, secreto e impunidad<sup>i</sup>**

**Camila Blanco**  
Universidad de Palermo

### **Introducción**

En el año 2007, la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) y el Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica (CIPCE) solicitaron el acceso a más de cuarenta expedientes en los que se investigan delitos relacionados con la corrupción. El objetivo principal de las organizaciones era que los jueces del fuero se hicieran eco del nuevo paradigma normativo proveniente de los tratados internacionales, claramente contrapuesto al secreto de las investigaciones establecido en el Código Procesal Penal. Si bien al principio hubo un generalizado rechazo por parte de los jueces, la Cámara de Apelaciones consideró que el pedido era viable. A partir de allí, las organizaciones comenzaron a transitar un camino lleno de obstáculos en uno de los fueros más crípticos de Argentina.

Este trabajo surge a partir de aquella experiencia, con el objeto de explorar conclusiones respecto de una temática íntimamente relacionada con la institucionalidad argentina.

### **I. La corrupción en Argentina. Una alta percepción**

Es sabido que la corrupción implica un efecto de desfinanciamiento del Estado, cuya consecuencia directa es la negación de servicios fundamentales relacionados con la efectivización de derechos; la falta representatividad democrática y la generación de pobreza. Un país con altos niveles de corrupción es un país pobre. Es un país que refleja bajos estándares morales, instituciones débiles y poco apego a la norma. Es un país en el cual, frente al corrupto, sólo queda la resignación. La globalización y la consiguiente captura del Estado<sup>ii</sup>, intensificó los

efectos devastadores de la corrupción y comenzó a delinearse una preocupación internacional para combatirla, de la que Argentina formó parte. Así, en el año 1997 entró en vigencia la Convención Interamericana contra la Corrupción<sup>iii</sup>. Un año después se creó la Fiscalía de Investigaciones Administrativas<sup>iv</sup> y en el año 1999 se creó la Oficina Anticorrupción<sup>v</sup>. Finalmente, en el año 2006 entró en vigencia la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción<sup>vi</sup>.

A pesar de contar con las herramientas necesarias, la cultura del secreto en el ámbito de las investigaciones y la impunidad de los delitos del poder están a la orden del día.

Una encuesta realizada por la Universidad de Belgrano<sup>vii</sup>, arrojó datos que no pueden pasar desapercibidos: el 74 % de los encuestados cree que el nivel de corrupción en Argentina es alto; casi el 30 % dice conocer personas que cobran por nombramientos en cargos públicos y no asisten a trabajar y solamente el 10 % de los encuestados cree que la gente denunciaría un acto de corrupción aunque ello implicara perder un beneficio. Asimismo, más de la mitad sostuvo que conoce a alguna persona que haya cometido algún acto de corrupción, así como también, cree que en los últimos cinco años la corrupción en Argentina aumentó.

De acuerdo al índice de Percepción de la Corrupción, elaborado por Transparency International<sup>viii</sup> en base a las percepciones de los expertos consultados en cada uno de los 180 países alcanzados por el estudio, Argentina se encuentra en el puesto 109. En una escala de cero a diez –en la que cero implica percepción de “muy corrupto” y diez se asimila a la ausencia de corrupción-, Argentina obtuvo una calificación de 2,9. Muy lejos está de Chile y Uruguay, dos de sus países vecinos, que comparten el puesto 23, con una calificación de 6,9.

Los datos son terminantes: la corrupción es un grave problema en Argentina.

Por supuesto que existen muchos factores que confluyen para que esta percepción de la corrupción sea tan generalizada: falta de capacitación de los jueces en esta temática, ausencia de organismos independientes que investiguen, abogados defensores sin formación ética<sup>ix</sup>, falta de algunas herramientas legislativas (como la protección de testigos y denunciantes)<sup>x</sup>, debilidad de las instituciones públicas, crisis del sistema de partidos políticos y afianzamiento de modelos patrimonialistas y personalistas<sup>xi</sup>.

Estos factores, se condicen con un dato relevante: *la justicia argentina no condena a los corruptos.*

En el año 2007, organizaciones de la sociedad civil<sup>xii</sup> comenzaron un litigio masivo, en el se que instó a los jueces del fuero federal<sup>xiii</sup> a permitir el acceso a las investigaciones por delitos de corrupción, en el marco del principio de publicidad y el incentivo a la participación ciudadana establecido en los tratados internacionales de los que Argentina forma parte.

Lo que surgió fue una interesante experiencia, en la que en un principio los jueces rechazaban automáticamente el acceso, hasta que una resolución de la Cámara de Apelaciones, consideró que existía un interés legítimo y autorizó a tomar vista, lo que llevó a una segunda etapa de indignación y rechazo por parte del fuero en la que incluso hubo amonestaciones verbales y escritas a los solicitantes.

Resulta interesante explorar entonces, cómo uno de los fueros más críticos de Argentina se comportó ante estos pedidos y cómo, a pesar de lograr pequeños resultados, el balance es relativamente satisfactorio, ya que con una lenta pero insistente tarea por parte de las organizaciones de la sociedad civil, se han ido quebrando ciertas vallas que otrora parecían infranqueables.

## **II. El proceso penal. El señorío del secreto en los delitos de corrupción**

El proceso penal se divide en dos etapas. La primera es la de instrucción, propiamente inquisitiva, en la que un juez tiene a su cargo la investigación de los hechos relacionados con la posible comisión de un delito, con el objeto de reunir las pruebas necesarias para pasar a la segunda etapa: el debate oral, más característico del sistema acusatorio. Allí es donde, más allá de la posibilidad recursiva, se determinará la culpabilidad de los acusados.

En los hechos, las causas en las que se investigan delitos de corrupción fenecen en la instrucción, sin llegar nunca a juicio oral.

Es más, la realidad demuestra que el tiempo de duración promedio de un proceso de este tipo es de catorce años<sup>xiv</sup>. De todas las causas que se investigaron, sólo se registra una condena a una funcionaria de alto rango<sup>xv</sup>.

Aquello que caracteriza a la etapa instructoria, es el *secreto*. En efecto, el artículo 204 del Código Procesal Penal, introducido en el año 1991, establece: “...El sumario será público para las partes y sus defensores (...) Pero el juez podrá ordenar el secreto por resolución fundada siempre que la publicidad ponga en peligro el descubrimiento de la verdad (...) **El sumario será siempre secreto para los extraños**”.

Esto se traduce en que ninguna persona u entidad puede acceder a las actuaciones y tomar conocimiento de cómo se está llevando a cabo la investigación. Los únicos exceptuados son, luego de una larga lucha judicial, la Oficina Anticorrupción y la Fiscalía de Investigaciones Administrativas<sup>xvi</sup>.

### **II.1. El secreto y los delitos de corrupción**

La estrategia de las ONG's para quebrar el secreto comenzó a delinearse a partir del intento de demostrar a los jueces que en estas causas, en las que el erario público está involucrado de

manera significativa<sup>xvii</sup> la sociedad civil no puede ser considerada “extraña” sin más. Para ello, se buscó que los jueces interpreten el artículo 204 en armonía con el artículo 131<sup>xviii</sup> del mismo Código –referido a quienes portan un *interés legítimo*–, con las Convenciones Anticorrupción – que poseen jerarquía supralegal- y con el bloque de constitucionalidad federal, que incluye a los tratados internacionales de derechos humanos.

Las disposiciones de los tratados internacionales son claras en cuanto al contenido publicista del proceso, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)<sup>xix</sup>. Asimismo, las Convenciones contra la Corrupción, alientan la participación de la sociedad civil en la lucha contra la corrupción<sup>xx</sup>.

De esta forma, se buscó que los jueces advirtieran que el secreto previsto en el artículo 204 del Código tenía otras aristas cuando se trataba de delitos de corrupción, ya que el reconocimiento del derecho de participación activa de la sociedad civil, introdujo en nuestro ordenamiento jurídico un *nuevo paradigma normativo* que los jueces no podían desconocer.

En un primer momento, los magistrados denegaron el acceso a las actuaciones sin ahondar en los fundamentos<sup>xxi</sup>. Simplemente, se remitían al artículo 204 del Código considerando a los solicitantes extraños al proceso y sin ningún *interés legítimo* para solicitar copias o informes.

Pero, ante el asombro de muchos, el punto de inflexión se produjo cuando la Sala II de la Cámara de Apelaciones revocó todos los rechazos de los jueces de primera instancia y estableció que es razonable admitir que, ante este tipo de supuestos (delitos de corrupción), *deba optarse por la publicidad de los contenidos generales que hacen a la cosa pública sobre los que pueda versar el procedimiento y que tal criterio se compadece con lo establecido en el artículo 1 de la Constitución Nacional y más específicamente en el artículo 8 inciso 5° de la C.A.D.H. y responde a los lineamientos fijados por la Convención de las Naciones Unidas contra la*

*Corrupción (...) conforme los cuales el Estado debe fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y lucha contra la corrupción<sup>xxii</sup>.*

A partir de aquí, la irritación percibida en la mayoría de los juzgados fue en aumento.

Si bien algunos cumplieron con la sentencia sin rodeos, la mayoría siguió un camino inverso: encontró la forma de dilatar el acceso y desgastar a quienes solicitaban los expedientes, en cumplimiento de lo resuelto por la Cámara.

Así, muchas veces, algunos sostenían –en reiteradas ocasiones- que el empleado asignado a la causa no se encontraba, o estaba reunido, o estaba muy ocupado y, por ello, no podían brindar información. Otros, que un primer momento permitían el acceso completo a la causa, entendieron que bastaba –para cumplir con la sentencia de la Cámara- con permitir el acceso sólo una vez. En otro caso, se llegó al punto tal, que uno de los empleados del juzgado, invitó a los integrantes de las organizaciones a pasar a su despacho y los reprendió por considerar que su accionar estaba entorpeciendo el avance de la justicia y desvirtuando el derecho penal. Este empleado –segundo en la línea jerárquica luego del juez-, evidentemente enojado con la resolución de la Cámara, incluso afirmó a viva voz que esos jueces habían cometido el delito de prevaricato y que tarde o temprano iban a tener que dar marcha atrás.

## **II.2. El juez que perdió los estribos**

Sin embargo, el punto cúlmine de la ira de los jueces del fuero federal, se hizo saber a través de una resolución tomada en una causa en la que se investiga a la Secretaría de Transporte por la entrega de subsidios irregulares a una empresa<sup>xxiii</sup>. En esa causa, ante un pedido de vista por parte de las organizaciones de la sociedad civil, el juez<sup>xxiv</sup> emitió una resolución en la que afirmó:

*“...quiero dejar sentada una observación muy personal. Dada mi experiencia en el trato con las organizaciones de la sociedad civil... considero que las mismas pretenden constituirse en una suerte de “controladores” de la actividad de los jueces (sólo requieren intervenir en causas particularmente notorias; luego solicitan acceder a nuestras declaraciones juradas patrimoniales; y en ocasiones promueven investigaciones contra los jueces, que ellos entienden que han obrado mal, ante el Consejo de la Magistratura); con lo cual entiendo que se desnaturaliza absolutamente el sistema procesal y aun la independencia judicial. Los controles jurisdiccionales de los jueces de primera instancia, son las cámaras de apelaciones, no particulares que representan organizaciones de dudosa representatividad (valga el juego de palabras). De lo contrario, es decir si aceptamos la intervención de terceros que luego denuncian –porque ya están legitimados- a los jueces por sus actos en esos mismos procesos, llegaríamos al ridículo que resultaría más económico para el Estado (o más sencillo si se quiere), que sean estos “auditores”, quienes se encarguen del trámite de las causas según su justo parecer...”<sup>xv</sup>.*

Tal vez sean inexplicables las razones por las cuales un juez decide emitir una *“opinión muy personal”* en una resolución relativa a un pedido de vista de una causa que tramita en su juzgado. Sin embargo, creo que es una resolución que sirve como ejemplo de las prácticas del fuero, ya que tiene muchos puntos de contacto con las percepciones que los integrantes de las organizaciones de la sociedad civil tienen al momento de transitarlo.

Debo admitir que, en algún punto, esta resolución me produjo cierto grado de satisfacción. Sus palabras demuestran que los pedidos de acceso a las actuaciones por parte de la ONG’s no pasan desapercibidos y perturban –aun mínimamente- el *status quo* del fuero.

Los argumentos jurídicos esgrimidos son básicamente los siguientes: de acuerdo al artículo 204, las organizaciones son extraños al proceso, por lo tanto, la única forma en que podrían ser consideradas “parte” sería a través de la analogía, instituto de utilización restringida en el ámbito penal ya que sólo es válido para aquellos casos en que no perjudique al imputado.

La única mención que realiza de la normativa internacional; es cuando afirma que es necesario adecuar la legislación interna a los lineamientos de dicha normativa. Cómo esa legislación interna no existe, la interpretación armónica del artículo 131 con los tratados internacionales es inadmisibles, ya que se perjudicaría la situación de los imputados al permitir que las organizaciones tomen conocimiento del estado de la causa.

Por todo ello, el juez consideró que el artículo 204 tenía plena vigencia en su interpretación más tradicional y que por esa razón, las organizaciones de la sociedad civil revestían el carácter de *completos extraños* al proceso.

### **III. La baja percepción de los tratados de derechos humanos por parte de los jueces en los casos de corrupción**

La resolución de este juez, más allá de lo anecdótico de sus términos, tiene como trasfondo lo sostenido por la mayoría de los jueces que rechazaron el acceso a los expedientes de investigación: los tratados internacionales parecerían ser meras cartas aspiracionales.

La reforma constitucional se realizó hace quince años, y otorgó jerarquía constitucional a la mayoría de los tratados citados por las organizaciones. La convención anticorrupción interamericana forma parte de la legislación interna argentina desde hace once años y la convención de la ONU, es ley vigente desde hace tres años. Ambas revisten jerarquía superior a las leyes.

Existe una nutrida doctrina y jurisprudencia que considera a la normativa internacional operativa, superando la discusión con aquellos que sostenían que dichas previsiones revestían carácter programático<sup>xxvi</sup>.

Sin embargo el juez, como la mayoría de los jueces que rechazaron el acceso a las actuaciones, no menciona la normativa internacional y cuando lo hace, es para instar al poder legislativo a que adecue la legislación *interna*<sup>xxvii</sup>.

Entonces, el problema parecería ser que estamos frente a jueces renuentes del derecho internacional que Argentina adoptó como derecho interno en materia de corrupción<sup>xxviii</sup>. Este tipo de resoluciones por parte de los jueces encargados de llevar adelante la investigación de los delitos de corrupción llevan a pronosticar un panorama desalentador.

Una justicia secreta, alejada de los controles públicos, que no condena y en la que nunca se llega a un juicio oral, es una justicia cómplice, holgazana y artífice de la ingeniería del sistema imperante en la que los poderosos tienen permitido el latrocinio absoluto de la cosa pública.

En el contexto de descreimiento en la justicia y de resignación plena frente a la impunidad de los delitos de corrupción, el reclamo por parte de la sociedad para conocer cómo los jueces llevan adelante las investigaciones es claramente pertinente. Es un reclamo que se condice con el marco legal y acorde al estado de derecho que Argentina intenta construir día a día. La presencia sistemática de la corrupción en la vida política argentina, los problemas y dificultades para su correcta sanción, la creciente captura del Estado y el consiguiente aumento de la sensación de injusticia e impunidad, son razones fundadas que ameritan que las instituciones estatales garanticen y tornen posible el derecho de acceder a la información mediante la participación social en el seguimiento de las investigaciones de estos delitos del poder.

#### **IV. A modo de colofón**

Con posterioridad, el mismo juez tuvo la posibilidad de expedirse respecto a un pedido de vista en otra causa y, dejando a salvo su opinión, concedió el acceso a las actuaciones en cumplimiento de la doctrina de la Cámara.

Asimismo, también se expidió la Sala I de la Cámara, autorizando la vista, aunque en términos más restrictivos ya que la supeditó a la aprobación del imputado.

Más allá de los vericuetos que pueden encontrarse en esta experiencia en el fuero federal que claramente exceden este trabajo, creo que una vez más el litigio estratégico fue clave para lograr un cambio. Mínimo, claro. Aunque depende desde la óptica desde la cual se lo mire. El fuero federal dejó la puerta entornada para la sociedad civil y eso, en materia de corrupción, es un gran logro.

---

<sup>i</sup> Quiero agradecer los valiosos comentarios para el mejoramiento de este trabajo realizados por Pedro Biscay y Juan Antoniassi.

<sup>ii</sup> Joel Hellman y Daniel Kaufmann afirman que “En las economías en transición, la corrupción ha forjado una nueva imagen: la de los llamados oligarcas que manipulan la formulación de las políticas e incluso manipulan las reglas del juego para su propio beneficio” (“La captura del Estado en las economías de transición”, disponible en <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2001/09/pdf/hellman.pdf>). Por su parte, Alicia Calvo describe al fenómeno de la captura económica del Estado como aquel en que “*los funcionarios públicos y los políticos venden o conceden, en beneficio propio, bienes públicos y diversas ventajas discrecionales generadoras de renta a empresas individuales. Para competir contra firmas influyentes, establecidas desde antiguo y con fuertes lazos con el Estado, los nuevos aspirantes a ingresar al mercado tratan de capturar al Estado como opción estratégica, no como un sustituto de la innovación sino para compensar la debilidad de los marcos legales y regulatorios. Las firmas "captoras" compran directamente del Estado tales beneficios privados, y mejoran su desempeño sólo en una economía capturada, ya que en una economía donde hubiera real competencia no podrían subsistir...*”; disponible en <http://www.ecoport.net/content/view/full/21277>

<sup>iii</sup> Ley 24.759

<sup>iv</sup> Las funciones de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas son, entre otras: promover la investigación de la conducta administrativa de los agentes integrantes de la administración nacional, y de las empresas, sociedades y todo otro ente en que el Estado tenga participación (ley 24.946, artículo 45).

---

<sup>v</sup> La Oficina Anticorrupción (OA) fue creada por la ley 25.233, con el objeto de elaborar y coordinar programas de lucha contra la corrupción y, en forma concurrente con la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, ejercer las competencias y atribuciones establecidas en los artículos 26, 45 y 50 de la ley 24.946.

<sup>vi</sup> Ley 26.097

<sup>vii</sup> Disponible en [http://www.ub.edu.ar/copub.php?opcion=sondeos\\_sociedad](http://www.ub.edu.ar/copub.php?opcion=sondeos_sociedad). Se trata de una encuesta realizada por el Centro de Opinión Pública de la Universidad de Belgrano a 620 personas durante el mes de noviembre de 2008.

<sup>viii</sup> Disponible en [http://www.transparency.org/news\\_room/in\\_focus/2008/cpi2008/cpi\\_2008\\_table](http://www.transparency.org/news_room/in_focus/2008/cpi2008/cpi_2008_table). El IPC de Transparency International mide los niveles de percepción de corrupción en el sector público en un país determinado y consiste en un índice compuesto, que se basa en diversas encuestas a expertos y empresas. El IPC 2008 clasifica 180 países en una escala de cero (percepción de muy corrupto) a diez (percepción de ausencia de corrupción).

<sup>ix</sup> Ver <http://www.criticadigital.com/imprensa/index.php?secc=nota&nid=4859>

<sup>x</sup> Ver <http://www.clarin.com/suplementos/zona/2007/07/22/z-03615.htm>

<sup>xi</sup> Tanto la debilidad de las instituciones públicas como la crisis de los partidos políticos y el consiguiente afianzamiento de modelos políticos patrimonialistas y personalistas, tienen como consecuencia directa el despliegue del asistencialismo y sus consiguientes efectos clientelares, así como la colusión empresaria y la cartelización de los procesos de compras del Estado (lo cual redundará en el efecto de captura del Estado descrito más arriba).

<sup>xii</sup> La tarea fue realizada por dos ONG's: ACIJ y CIPCE, quienes solicitaron vista en cuarenta causas de corrupción en el fuero Criminal y Correccional Federal con asiento en la ciudad de Buenos Aires.

<sup>xiii</sup> Cuando hago mención a la "justicia federal", me refiero al Fuero Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, en el que tramitan las principales causas de corrupción.

<sup>xiv</sup> Se trata de un estudio realizado por el CIPCE sobre un total de cincuenta causas de corrupción que tramitaron ante la Justicia Federal de la Capital. La Procuración General de la Nación calcula que un juicio ordinario se desarrolla en promedio en un año y cinco meses.

<sup>xv</sup> Se trata de la causa por enriquecimiento ilícito de María Julia Alsogaray, ex Secretaria de Medio Ambiente. Ver <http://criticadigital.com/index.php?secc=nota&nid=16076>.

<sup>xvi</sup> A pesar de haber logrado una amplia participación en el proceso penal, la Fiscalía de Investigaciones Administrativas sufrió un recorte de facultades, en noviembre de 2008, a partir de la resolución del Procurador General que sólo le permite actuar en aquellas causas que se hayan iniciado por una denuncia del organismo y en la que el fiscal no actúe. Ver <http://www.diarioperfil.com.ar/edimp/0310/articulo.php?art=10846&ed=0310>, la resolución está disponible en <http://www.fia.gov.ar/PGN%20147-2008.pdf>. Este recorte de facultades tuvo como consecuencia la renuncia del Fiscal de Investigaciones Administrativas en marzo de 2009.

<sup>xvii</sup> Desde el año 1980 al presente el delito económico generó un daño de más **13 mil millones de dólares**, de los que el ochenta y seis por ciento del perjuicio está en el fuero federal de la capital. Si el dato impacta, estremece saber que en el 2001 el delito económico equivalió al cuatrocientos por ciento del presupuesto de salud.

<sup>xviii</sup> El artículo 131 del Código Procesal Penal establece: "El tribunal ordenará la expedición de copias e informes, siempre que fueren solicitados por una autoridad pública o por particulares que acrediten legítimo interés en obtenerlos".

<sup>xix</sup> En efecto, el artículo 8 inciso 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que: "el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia"

<sup>xx</sup> La Convención Interamericana contra la Corrupción (Ley 24.759) establece en el Preámbulo la "*importancia de generar conciencia entre la población de los países de la región sobre la existencia y gravedad de este problema, así como de la necesidad de fortalecer la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción*". En el artículo 3 inciso 11, referido a las medidas preventivas, establece que los Estados Partes "*convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer (...) mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción*". El artículo 14, inciso 2 establece: "*Asimismo, los Estados Partes se prestarán la más amplia cooperación técnica mutua sobre las formas y métodos más efectivos para prevenir, detectar, investigar y sancionar los actos de corrupción. Con tal propósito, propiciarán el intercambio de experiencias por medio de acuerdos y reuniones entre los órganos e instituciones competentes y otorgarán especial atención a las formas y métodos de participación ciudadana en la lucha contra la corrupción*".

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Ley 26.097) establece en el artículo 5, punto 1 que "*Cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico,*

---

*formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuenta”.*

Por último, el artículo 13 punto 1 impone a cada Estado el deber de adoptar “medidas adecuadas (...) para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción, y para sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como a la amenaza que ésta representa. Esa participación debería reforzarse con medidas como la siguiente: (...) b) garantizar el acceso eficaz del público a la información; (...) d) respetar, promover y proteger la libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información relativa a la corrupción”.

<sup>xxi</sup> Algunos magistrados, concedieron vista desde un primer momento. Tal es el caso de los jueces Daniel Rafecas, Julián Ercolini y los integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal Federal 4. El juez Oyharbide no concedió vista, pero encuadró el pedido en el artículo 131 del Código Procesal Penal, permitiendo la extracción de fotocopias.

<sup>xxii</sup> La resolución completa está disponible en <http://www.acij.org.ar/boletin/camara.pdf>

<sup>xxiii</sup> Debe destacarse que el ex Secretario de Transporte es uno de los funcionarios más cuestionados por las serias sospechas de corrupción que recaen sobre él. Para más datos sobre la causa ver [http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota\\_id=755823](http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=755823)

<sup>xxiv</sup> Cabe aclarar que se trata de un juez subrogante, es decir, cubre una vacancia sin que se hayan seguido los pasos establecidos por la Constitución Nacional para su nombramiento

<sup>xxv</sup> La resolución produjo cierto revuelo en el ámbito de las ONG´s y ciertos circuitos académicos. Ver, a modo de ejemplo: <http://seminariogargarella.blogspot.com/2008/06/sr-juez-araoz-de-lamadrid-por-que-no-se.html>, <http://nohuboderecho.blogspot.com/2008/06/la-justicia-en-toda-su-gloriosa.html>

<sup>xxvi</sup> Es decir, que necesita de una reglamentación interna para tener plena vigencia y eficacia.

<sup>xxvii</sup> Debe destacarse que aquellos magistrados que autorizaron el acceso, lo hicieron precisamente con fundamento en que la normativa internacional así lo establece.

<sup>xxviii</sup> Insisto en remarcar que me ciño a la recepción de los tratados internacionales en materia de corrupción, ya que, paradójicamente, se trata del fuero que declaró la nulidad de las leyes de obediencia debida y punto final, por su incompatibilidad con el derecho internacional de los derechos humanos.

**INMIGRANTES Y ACCESO A  
DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN ARGENTINA.  
REFLEXIONES SOBRE EL PROBLEMA COMO  
FENÓMENO MULTI-DIMENSIONAL**

\*\*\*

***IMMIGRANTS AND ACCESS TO  
ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS IN ARGENTINA.  
THOUGHTS ON THE PROBLEM AS A MULTI-DIMENSIONAL PHENOMENON***

**LUCIANA EKMEKDJIAN**

**SUMARIO**

*El presente trabajo parte de los problemas que plantea la normativa argentina sobre migración y ciudadanía para luego analizar de qué forma la condición de migrante y su situación en términos de regularidad o irregularidad resulta determinante para el acceso a derechos. Se trata en particular el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, dada la especial situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos en la que se encuentra el colectivo de quienes que migran por razones económicas y, en consecuencia, cuentan con escasos recursos. El trabajo propone reflexionar sobre la complejidad del problema desde una perspectiva multi-dimensional, al advertir la importancia no sólo de la consideración de las normas aplicables, sino también de las demás variables en juego, tales como la praxis y los valores, claves en la configuración del fenómeno jurídico.*

**SUMMARY**

*This paper begins by setting out the problems presented by Argentine law on immigration and citizenship in order to analyze how the regularization or lack of regularization of migrant status becomes a determining factor for access to rights. It deals in particular with economic, social and cultural rights, given how especially vulnerable those who migrate for economic reasons (and, as a consequence, have scant resources) find themselves in terms of human rights. The paper proposes to reflect on the complexity of this problem from a multi-dimensional perspective, noting the importance of considering not just the applicable law but also the other relevant variables, such as practice and values, which are key components of legal phenomena.*

## I. INTRODUCCIÓN

Hace no mucho tiempo tuve la oportunidad de estudiar el caso de una familia de origen chino que había solicitado la nacionalidad argentina de conformidad con el procedimiento previsto en la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía. Se trataba de un núcleo familiar compuesto por el actor, su cónyuge y sus dos hijos. Todos ellos habían ingresado al país en el año 1995 en calidad de residentes transitorios y solicitaron dos meses después la regularización de su situación migratoria. En consecuencia, les fue entregado un certificado de residencia precaria que debía renovarse cada 3 meses hasta la finalización del trámite en forma definitiva.

Tiempo después, la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) resolvió denegarles el beneficio solicitado, para lo cual alegó la falta de acreditación del cumplimiento de ciertos requisitos previstos en las disposiciones de ese organismo aplicables al caso. Las constancias del caso, sin embargo, parecían bastar para acreditar el cumplimiento de tales exigencias legales. Finalmente, la DNM declaró ilegal la permanencia del actor y su familia a partir de 1996, a la vez que los intimó a regularizar su situación bajo apercibimiento de ser expulsados. La aludida regularización a la que se los intimó, sin embargo, lejos estaba de depender de la voluntad de los solicitantes. Así, luego de formular varias presentaciones en sede administrativa sin ningún éxito, el actor resolvió dirigirse directamente a la justicia federal para solicitar, sin más, la “carta de ciudadanía”, abandonando así su lucha por la regularización de la residencia.

Once años más tarde, el expediente llegó a la Corte Suprema de la Nación por vía del recurso extraordinario presentado por el actor contra la sentencia de la cámara federal de apelaciones que había rechazado el pedido de esta familia al tener por no acreditado el cumplimiento de uno de los requisitos previstos por la ley 23059 de Ciudadanía y Naturalización<sup>23</sup> como es el de la residencia continua por 2 años, que –según el parecer de la cámara- no equivale a la permanencia como “ilegal” en los términos de las normas que regulan el procedimiento ante la Dirección Nacional de Migraciones.

En consecuencia, la cuestión central a resolver se circunscribía a la interpretación del requisito de residencia exigido con el fin de obtener la denominada “ciudadanía por

---

<sup>23</sup>LEY 23059 DE CIUDADANÍA Y NATURALIZACIÓN (restablece la vigencia de la ley 346): *Título II - De los ciudadanos por naturalización. Artículo 2º* - Son ciudadanos por naturalización: 1. Los extranjeros mayores de 18 años, que **residiesen en la República dos años continuos** y manifestasen ante los jueces federales de sección su voluntad de serlo (énfasis agregado).

naturalización”, en los términos del citado art. 2º de la ley 23059. Al respecto, cabe recordar que la sanción de esta norma, al derogar la ley *de facto* 21795 y restablecer la vigencia de la originaria ley 346, implicó la supresión del requisito exigido por la referida ley *de facto* en orden a la legalidad de la residencia requerida<sup>24</sup>. En cualquier caso, de aceptar la idea sostenida por la cámara, el elemento determinante para solicitar la nacionalidad argentina, esto es, la condición de residente legal o ilegal, parece depender de la discrecionalidad de un organismo cuya conducta es usual que demuestre, cuanto menos, una reiterada falta adecuación a la normativa vigente. En el caso concreto de la familia china, pasaron 11 años sin más resultados que respuestas dilatorias y trámites interminables que los llevaron al rechazo sistemático e infundado de todas las solicitudes presentadas.

Ahora bien, más allá del caso concreto, el planteo puede operar como disparador de otras cuestiones subyacentes que conducen a encuadrar el problema en los siguientes términos: si la nacionalidad es el nexo que se establece entre un Estado y un individuo determinados, ¿cuál es entonces la situación jurídica de aquellas personas que no tienen la nacionalidad del Estado en el que residen?<sup>25</sup>

¿Es dable concluir, tal como lo hace Alessandro Dal Lago<sup>26</sup> al referirse a la situación planteada en Italia, que las normas consideran al migrante como “no persona”, esto es, como un ente no contemplado por el sistema? ¿O, por el contrario, los migrantes están contemplados por los sistemas jurídicos, bien que para ser excluidos? ¿En tal caso, cuáles son las implicancias en cada supuesto?

Sea cual fuere la respuesta, la existencia del hombre está de algún modo determinada por su posicionamiento frente a un ordenamiento jurídico concreto, esto es, su ubicación al interior o al exterior de éste. Se trata, en definitiva, de un problema que se instala en el ámbito de la biopolítica cuya deconstrucción, en el supuesto específico de cada Estado, involucra necesariamente el estudio de la normativa aplicable al caso.

---

<sup>24</sup> En efecto, entre otros requisitos que han sido dejados de lado con el restablecimiento de la vieja ley 346, la ley *de facto* 21795 exigía “tener DOS (2) años de residencia **legal** continuada en el territorio de la República” (art. 5º, inc. b; énfasis agregado).

<sup>25</sup> Ceriani Cernadas, Pablo y Morales, Diego, “La Corte IDH y la condición jurídica y los derechos y los migrantes indocumentados”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2004-B, Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

<sup>26</sup> Dal Lago, Alessandro, “Personas y no personas”, en Silveira Gorski, H. C. (ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, Trotta, Madrid, 2000, ps. 127-144.

En efecto, Dal Lago sostiene que la desigualdad de trato a los nativos y los inmigrantes, “en virtud de la cual algunos extranjeros son excluidos de los derechos civiles fundamentales, es potencialmente la puesta en marcha de un proceso de reducción de ciertas categorías de seres humanos de personas a no-personas”.

Ahora bien, más allá del planteamiento en términos de inclusión o exclusión frente a un orden jurídico determinado, lo cierto es que el problema no se agota en la norma sino que, antes bien, involucra otras variables más complejas.

En este contexto, la Opinión Consultiva 18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>27</sup> (Corte IDH) constituye una directriz ineludible en la tarea de indagación y búsqueda de respuestas en el ámbito específico del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en la medida en que analiza distintas aristas que plantea del problema, más allá de la cuestión estrictamente normativa.

La referida opinión tuvo lugar como respuesta a una consulta formulada por México acerca de la protección, alcance y defensa de los derechos humanos de migrantes indocumentados en el sistema interamericano. La Corte IDH partió de la caracterización del colectivo en cuestión como un grupo integrado por sujetos de derechos humanos en situación de vulnerabilidad por su condición individual de ausencia o diferencia de poder respecto de los no migrantes (nacionales o residentes). Según el tribunal, esta condición de inferioridad frente al resto está determinada por una dimensión ideológica y un contexto histórico que es distinto para cada Estado<sup>28</sup>. Tal es el punto de partida para entender la manifestación del fenómeno en nuestro país en sus múltiples dimensiones.

## II. EL ESTATUS DE INMIGRANTE COMO LIMITACIÓN AL ACCESO A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN ARGENTINA. EL PROBLEMA COMO FENÓMENO MULTI-DIMENSIONAL

¿Cuáles son entonces las implicancias reales del estatus de inmigrante en Argentina en términos de exigibilidad de derechos? Al respecto debe advertirse que, si bien el problema se proyecta tanto en el ámbito de los derechos civiles y políticos como en el de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), la atención aquí se concentra en estos últimos, dada la

---

<sup>27</sup> Se trata de una opinión motivada por la consulta que formuló el estado de México de conformidad con lo previsto en el art. 64.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “[l]os Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos [...]”. Las normas cuya interpretación solicitó México al Tribunal son las siguientes: los artículos 3.1 y 17 de la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante “la OEA”); el artículo II (Derecho de igualdad ante la Ley) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante “la Declaración Americana”); los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos), 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), y 24 (Igualdad ante la Ley) de la Convención Americana; los artículos 1, 2.1 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante “la Declaración Universal”), y los artículos 2.1, 2.2, 5.2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (conf. OC 18/03, párrafo 3°).

<sup>28</sup> Corte IDH, OC 18/03, párrafo 112.

especial situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos en la que se encuentra el colectivo de los inmigrantes que no han sido regularizados. Ello es así, habida cuenta de que, en muchos de los casos, éstos migran por razones económicas y, en consecuencia, cuentan con escasos recursos. ¿Qué sucede entonces, en el caso específico del acceso a derechos tales como salud, educación, trabajo?

En este punto, cabe recordar lo dicho por la Corte IDH en la citada opinión consultiva n° 18 cuando, al referirse al gen de la aludida situación de vulnerabilidad, identificó un doble orden cuestiones en juego. Así, hizo referencia tanto a las situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) como a las *de facto* (desigualdades estructurales). Luego, la vulnerabilidad padecida por los migrantes en ese contexto es las que da lugar al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado<sup>29</sup>.

Nos encontramos, pues, frente a un problema que, por su complejidad, demanda un análisis multi-dimensional, tal como lo hace la teoría trialista del mundo jurídico<sup>30</sup>, al poner el acento en la consideración de los hechos, las normas y los valores en juego en cada fenómeno jurídico. En consonancia con lo expresado por la Corte IDH y en lo que aquí interesa centramos la atención en el estudio de las *dimensiones sociológica y normológica* de la cuestión en una suerte de confrontación entre praxis y derecho. Ello, sin perder de vista la cuestión relativa a la faceta *axiológica* del problema cuyo estudio en profundidad excede el objeto del presente trabajo.

Pues bien, en el estado de situación actual en Argentina pareciera ser que, al menos en la *dimensión normológica* de la cuestión, las diferencias entre nacionales y extranjeros (en particular, migrantes en situación de irregularidad) en punto al acceso a DESC, podrían estar desdibujándose de a poco, pese a lo cual aún subsisten normas que exigen la presentación del

---

<sup>29</sup> Corte IDH, OC 18/03, párrafo 112.

<sup>30</sup> La propuesta trialista, construida dentro de la corriente integrativista y la concepción tridimensional del Derecho - que incluye en éste realidad social, normatividades y valores- considera que en éste deben incluirse repartos de potencia e impotencia (*dimensión sociológica*) captados por normatividades (*dimensión normológica*) y valorados, los repartos y las normatividades, por un complejo de valores que culmina en la justicia (*dimensión axiológica*). La "potencia" y la "impotencia" consisten, respectivamente, en lo que favorece o perjudica al ser y específicamente a la vida humana; conf. Ciuro Caldani, Miguel Angel, "Complejidad del funcionamiento de las normas", La Ley 2008-B, p. 782.

La base de la teoría trialista del mundo jurídico está en Goldschmidt, Werner, *La ciencia de la justicia*, Madrid, Aguilar, 1958. En ese mismo año, Jerome Hall desarrollaba su jusfilosofía integrativa (*Razón y realidad en el Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1959). Ver asimismo, Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, Depalma, Depalma, 1987; Ciuro Caldani, Miguel Angel, *Derecho y política*, Depalma, Buenos Aires, 1976, entre otros.

DNI para la obtención de algún beneficio de este tipo o, al menos, la acreditación de residencia legal en el país<sup>31</sup>.

Ello no obstante, es dable afirmar que el sistema normativo argentino demuestra un grado de compromiso relevante frente a los principios internacionales de derechos humanos relativos a la universalización de los derechos mediante el respeto, protección y garantía de preceptos fundamentales tales como el de igualdad y no discriminación.

En esa dirección parece ubicarse la nueva reglamentación en materia de migraciones<sup>32</sup>, en la medida en que allí se reconoce el carácter esencial e inalienable a la persona del derecho a la migración y su correlativa garantía sobre la base de los principios de igualdad y universalidad<sup>33</sup>. Se trata, en definitiva, de una pauta general de interpretación que opera en definitiva como mandato dirigido a las autoridades.

La ley ha sido calificada como un cambio histórico en la medida en que la aplicación desde su entrada en vigencia implicó cambios positivos de relevancia, particularmente en la reducción de las denuncias por privación del acceso a la salud y a la educación, así como la

---

<sup>31</sup> Ver *Informe Anual sobre situación de los derechos humanos en Argentina*, 2001, CELS, Ed. Siglo XXI, disponible en sitio oficial: [http://www.cels.org.ar/common/documentos/informe\\_2002\\_cap\\_12.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/informe_2002_cap_12.pdf); Ceriani Cernadas, Pablo y Asa, Pablo, "A dos años de la nueva Ley de Migraciones: avances, cuestiones pendientes y casos preocupantes", en sitio oficial del Centro de Estudios Legales y Sociales: [http://www.cels.org.ar/common/documentos/informe\\_2005\\_cap\\_14.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/informe_2005_cap_14.pdf)

<sup>32</sup> En efecto, se ha dicho que la Ley de Migraciones 25871 (vigente desde el año 2004) constituye un cambio en el "paradigma de la búsqueda exclusiva de la inmigración europea y selectiva establecida en la Constitución Nacional [en la medida en que] fija sus objetivos en: a) Fijar las líneas políticas fundamentales y sentar las bases estratégicas en materia migratoria para dar cumplimiento a los compromisos internacionales de la República en materia de derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes; b) Contribuir al logro de las políticas demográficas que establezca el Gobierno Nacional con respecto a la magnitud, tasa de crecimiento y distribución geográfica de la población del país; c) Contribuir al enriquecimiento y fortalecimiento del tejido cultural y social del país; d) Garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar; entre otros"; conf. sitio oficial del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI): [http://www.inadi.gov.ar/inadiweb/index.php?option=com\\_content&view=section&id=42&Itemid=98](http://www.inadi.gov.ar/inadiweb/index.php?option=com_content&view=section&id=42&Itemid=98).

<sup>33</sup> Conf. ley 25871 de Migraciones, art. 4º.

Corresponde asimismo tener en cuenta los principios generales contenidos en el art. 3º de la citada ley; allí se fijan entre otros, los siguientes objetivos: promover la integración en la sociedad argentina de las personas que hayan sido admitidas como residentes permanentes (inc. e); asegurar a toda persona que solicite ser admitida en la República Argentina de manera permanente o temporaria, el goce de criterios y procedimientos de admisión no discriminatorios en términos de los derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, los convenios bilaterales vigentes y las leyes (inc. f); promover y difundir las obligaciones, derechos y garantías de los migrantes, conforme a lo establecido en la Constitución Nacional, los compromisos internacionales y las leyes, manteniendo en alto su tradición humanitaria y abierta con relación a los migrantes y sus familias (inc. g); promover la inserción e integración laboral de los inmigrantes que residan en forma legal para el mejor aprovechamiento de sus capacidades personales y laborales a fin de contribuir al desarrollo económico y social de país (inc. h).

suspensión de expulsiones por cuestiones de irregularidad migratoria para ciudadanos provenientes de Estados parte del Mercosur y asociados (bien que en forma temporaria)<sup>34</sup>.

Luego, lo expresado hasta aquí también alcanza a la Ley de Ciudadanía y Naturalización que, tal como se ha dicho, implicó la derogación de la ley *de facto* que regía en la materia y restableció la vigencia de la originaria ley 346. Ello, en definitiva, se tradujo en una ruptura con el criterio restrictivo contenido en aquélla.

Ya en lo relativo al problema del reconocimiento y acceso a derechos, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la Ley contra Actos Discriminatorios, en la medida en que allí se pena todo acto discriminatorio que de forma arbitraria “impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional”. A tales efectos, la norma considera “particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como [...] la nacionalidad”<sup>35</sup>.

Luego, también es dable concluir en igual sentido respecto de varias de las normas federales reglamentarias de los DESC. En efecto, la nueva Ley de Educación Nacional establece que “(e)l Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberán garantizar a las personas migrantes sin Documento Nacional de Identidad (DNI), el acceso y las condiciones para la permanencia y el egreso de todos los niveles del sistema educativo, mediante la presentación de documentos emanados de su país de origen (...)”<sup>36</sup>. En la misma dirección se ubican algunas leyes sobre políticas públicas de salud, como la Ley Nacional de Lucha contra el SIDA, toda vez que su decreto reglamentario impone la obligación de adecuar la aplicación de la ley a lo establecido, entre otras normas, por la ley anti-discriminación citada<sup>37</sup>.

Se trata, en rigor, de la proyección de los principios contenidos en las normas fundamentales de rango constitucional sobre las cuales se erige el sistema normativo argentino<sup>38</sup>: tanto la Constitución Nacional como los instrumentos internacionales de derechos humanos contienen normas que obligan a los Estados a reconocer, respetar y garantizar derechos de

---

<sup>34</sup> Conf. Ceriani Cernadas, Pablo y Asa, Pablo, ob. cit.

No obstante, deben también ser tenidas en cuenta las deudas pendientes en este punto, tales como el dictado de la reglamentación de la norma, al igual que otras cuestiones relativas a su implementación, la armonización con otras normas y la Constitución y el aseguramiento del derecho a una asistencia jurídica gratuita, entre otros aspectos.

<sup>35</sup> Ley 23592, art. 1°.

<sup>36</sup> Ley 26206, art. 141.

<sup>37</sup> Conf. decreto 1244/91, art. 2°, anexo I.

<sup>38</sup> Conf. Constitución Nacional argentina, art. 75, inc. 22.

distinta índole a “toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos (...) de origen nacional (...)”<sup>39</sup>, o bien a “todos los habitantes”<sup>40</sup>, sin distinción alguna respecto de su nacionalidad o estatus migratorio. Así las cosas, la existencia de estas normas de la más alta jerarquía en el ordenamiento jurídico, constituye un mandato concreto dirigido al legislador en términos de revisión y adecuación de las reglamentaciones internas al contenido de aquellas normas fundamentales. Luego, ante un conflicto con cualquier norma de rango infraconstitucional, la sola invocación de aquéllas es argumento suficiente y fundamento en términos de exigibilidad y justiciabilidad de cualquiera los derechos por ellas reconocidos<sup>41</sup>.

En cualquier caso, lo dicho hasta aquí parece contrastar con la *dimensión sociológica* del problema: la brecha entre ambas dimensiones difícil de zanjarse. Claramente, resultan insuficientes las consideraciones de índole teóricas relativas al ordenamiento jurídico; antes bien, no podemos perder de vista el comportamiento de las oficinas públicas frente a ello, esto es, la dinámica del sistema en acción<sup>42</sup>.

Lo cierto es que, tal como sostuvo la Corte Interamericana, “no basta con que el ordenamiento jurídico interno se adecue al derecho internacional, sino que es menester que los órganos o funcionarios de cualquier poder estatal, sea ejecutivo, legislativo o judicial, ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de manera efectivamente acorde con el derecho internacional aplicable”<sup>43</sup>.

Así, en Argentina, las prácticas de la autoridad administrativa muchas veces dan cuenta de un accionar irregular (notificaciones defectuosas, demoras y trabas en los trámites, desprotección de la familia del migrante, incumplimiento de leyes y expulsión de personas discapacitadas) que se corresponde con los avances normativos aludidos; las fuerzas de seguridad siguen poniendo de manifiesto una conducta discriminatoria respecto de los extranjeros; todavía hay establecimientos educativos que obstaculizan el acceso al derecho a la

---

<sup>39</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, art. 10.2.

<sup>40</sup> Constitución Nacional argentina, art. 14.

<sup>41</sup> Sobre la exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales ver, entre otros, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trotta, Madrid, 2002.

<sup>42</sup> Se ha dicho al respecto que “los efectos de un sistema migratorio no debieran medirse exclusivamente en función del grado de cumplimiento de las normas, sino también de las prácticas que se manifiestan en oficinas concretas, toman cuerpo en acciones de los funcionarios y se vehiculizan a través de rutinas burocráticas que conforman el funcionamiento cotidiano del sistema”; Tiscornia, S. y otros, “Políticas de regularización migratoria y prácticas de las agencias estatales”, en *Cuadernos de Trabajo del Instituto de Estudios e Investigaciones*, Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2003, p. 14-15.

<sup>43</sup> Corte IDH, OC 18/03, párr. 171.

educación de los inmigrantes sin documentación; el Ministerio de Salud aún hoy alega la inexistencia de un incumplimiento legal ante la omisión de proveer el tratamiento adecuado para infectados de HIV de nacionalidad boliviana<sup>44</sup>.

Más allá de los problemas relativos a la regularización de la situación migratoria o la obtención de la ciudadanía de los migrantes, interesa aquí hacer el foco en los casos que plantean como cuestión constitucional fundamental un problema de igualdad entre nacionales y extranjeros en el acceso a derechos, a la luz de lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Nacional<sup>45</sup>, entre otras disposiciones<sup>46</sup>. Frente a tal escenario, el poder judicial está llamado a cumplir el rol de agente de control, encargado de estudiar la constitucionalidad en términos de igualdad de las normas que limitan el acceso a derechos únicamente a los ciudadanos argentinos.

Los casos más paradigmáticos tal vez sean aquellos que, desde la década del 80 en adelante, ha venido dictando el máximo tribunal del país. Corresponde sin embargo hacer un distingo en orden al sujeto que reclama y al tipo de derecho involucrado en cada caso. Lo cierto es que la mayoría de ellos se originaron a partir de reclamos efectuados por migrantes regulares, generalmente vinculados con el derecho a trabajar (v.g.: “Repetto”<sup>47</sup>, “Hooff”<sup>48</sup>, “Gottschau”<sup>49</sup>, “Mantecón Valdez”<sup>50</sup>). De su lado, el caso “Reyes Aguilera” es un precedente que, de forma aislada pero con firmeza, aplica un examen estricto de igualdad al caso de aquellos migrantes en situación de especial vulnerabilidad cuyos reclamos suelen vincularse, por lo general, con el acceso a DESC<sup>51</sup>. No debe perderse de vista, sin embargo, que la existencia de todos los casos en

---

<sup>44</sup> CELS, *Informe*, cit.

<sup>45</sup> Constitución Nacional, art. 20: “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República”.

<sup>46</sup> V.g., artículos 14, 16, 25 de la Constitución Nacional y otras normas contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

<sup>47</sup> Fallos: 311:2272, del 8 de noviembre de 1988.

<sup>48</sup> Fallos: 327:5118, del 16 de noviembre de 2004.

<sup>49</sup> Fallos: 329:2986, del 8 de agosto de 2006.

<sup>50</sup> Fallado el 12 de agosto de 2008, (aún no publicado en tomo de Fallos).

<sup>51</sup> Fallos: 330:3853, del 4 de septiembre de 2007. En el caso, los padres de una menor de edad de nacionalidad boliviana que padecía una discapacidad de carácter congénito desde su nacimiento iniciaron un amparo a fin de recurrir la decisión de la autoridad administrativa que les había denegado la pensión por invalidez prevista en el art. 9 de la ley 13478, por no encontrarse cumplido el requisito de residencia mínima de veinte años que exigía el decreto reglamentario de la citada ley. La Corte Suprema declaró por mayoría la inconstitucionalidad de la norma impugnada. Los jueces Petracchi y Argibay, en uno de los votos concurrentes que integraron la mayoría, definieron la categorización realizada por el decreto como sospechosa de discriminación. En consecuencia, entendieron los

los que se activa la fase del control judicial del problema presupone necesariamente la inexistencia de trabas para el acceso a la justicia, esto es, asistencia jurídica gratuita y adecuada, gratuidad de los trámites, entre otras cuestiones. Aquí nos encontramos entonces frente a otro de los desafíos a encarar, esto es, la eliminación de la brecha que tanto perjudica a quienes ven una vez más agravada su situación estructural de desventaja, al no contar siquiera con un espacio en el cual reclamar sus derechos vulnerados.

### III. CONCLUSIÓN

Sin dudas, la Opinión Consultiva 18/03 de la Corte IDH constituye una herramienta clave para la argumentación en pos de la defensa y protección de los derechos de inmigrantes sin residencia regular, en cuanto se erige como límite a la actuación de los Estados que, como Argentina, integran en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En efecto, la Corte IDH establece allí como regla insoslayable el deber de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, independientemente de la pertenencia a determinado cuerpo político estatal<sup>52</sup>, rompiendo así con la lógica que define a la persona en función de su inclusión o exclusión en un orden jurídico determinado. Se trata, en definitiva, de la expresión del principio de igualdad que se traduce en términos de prohibición de toda discriminación en perjuicio de los migrantes, que no cumpla con las pautas allí fijadas, esto es, razonabilidad, objetividad y proporcionalidad<sup>53</sup>. La idea se conecta con la presunción de inconstitucionalidad de aquellas normas que establecen distinciones a partir de las denominadas categorías sospechosas<sup>54</sup>.

---

jueces, la norma contaba con una presunción de inconstitucionalidad que no pudo ser revertida, al no superar el examen intensivo de razonabilidad en términos de igualdad al que fue sometida y que supone, entre otras cuestiones, la inversión de la carga de la argumentación.

<sup>52</sup> Corte IDH, OC 18/03, párrafo 73.

<sup>53</sup> Corte IDH, OC 18/03, párrafo 119. Sin embargo -continúa la Corte- “sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana [...]”.

<sup>54</sup> V.g.: color, raza, nacionalidad, religión, opinión política, etc. Al respecto, ver fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos, *Korematsu v. United States* [323 U.S. 214 (1944)]. La Corte Suprema de Justicia argentina se ha servido de estos conceptos en los siguientes casos relacionados con acceso a derechos de extranjeros, entre otros: “Repetto c/ Pcia. de Buenos Aires” (311:2272), el citado “Reyes Aguilera c/ Estado Nacional” (Fallos: 330:3853), “Gottschau c/ Consejo de la Magistratura” (329:2986) y “Mantecón Valdez c/ Estado Nacional” (M. 1650. XLI, del 12 de agosto de 2008, aún no publicado en tomo de Fallos).

Ahora bien, ¿qué hacer frente a las prácticas cotidianas de la sociedad que ponen de manifiesto una conducta mayormente intolerante y autoritaria? Sin dudas, no se trata de un fenómeno local, antes bien, el problema de la inmigración es planteado como uno de los resabios que dejó la caída del capitalismo a fines del siglo XX, del que habrá que hacerse cargo y resolver<sup>55</sup>.

Una vez más, la Corte IDH aporta en la citada OC 18/03 pautas de análisis que no pueden ser soslayadas en pos de una comprensión integral del problema, en la medida en que advierte acerca de existencia de “prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra”<sup>56</sup>.

En el caso puntual de Argentina, entiendo que esto se pone de manifiesto claramente en la intolerancia instalada y aceptada en algún rincón del inconsciente colectivo, así como en su proyección hacia las instituciones que, en definitiva, no son sino el reflejo de la sociedad misma. Finalmente me pregunto cuál es la fuerza efectiva de las herramientas que operan en el ámbito de los resortes institucionales para revertir cierta idea instalada de demonizar al inmigrante como culpable de nuestras propias crisis y miserias<sup>57</sup>.

Esos discursos, que se manejan en un registro más profundo y cotidiano que las conductas de los órganos políticos, no pueden ser desatendidos. Son discursos que responden a premisas nacidas a la luz de determinados valores y principios que son los que definen los rasgos propios de una sociedad, en un país determinado. Allí es donde debe rastrearse el gen del problema y, por lo tanto, el espacio en el que debe trabajarse para la búsqueda de soluciones. Allí en donde se cruzan las dimensiones sociológica y axiológica es en donde debe concentrarse la atención.

---

<sup>55</sup> Hobsbawm, Eric, *Historia del siglo XX*, Crítica, Buenos Aires, 1996, p. 561.

<sup>56</sup> Corte IDH, OC 18/03, párrafo 113.

<sup>57</sup> Ver al respecto el informe del Centro de Estudios Legales y Sociales citado *supra* en el que se da cuenta de distintas manifestaciones de xenofobia en Argentina, tales como expresiones xenófobas de funcionarios públicos (v.g.: declaraciones del diputado nacional Pichetto en las que hizo referencia a la existencia de “ilegales en el país que cometan ilícitos” y del deber de deportarlos) y actos de violencia (v.g.: el caso de la joven de nacionalidad boliviana Marcelina Meneses que estando con su hijo falleció al caer de un tren luego de ser objeto de agresiones verbales y físicas).

## Medidas provisórias no STF: o papel do tribunal no presidencialismo de coalizão<sup>58</sup>

Luciana S. Reis  
Universidade de São Paulo

**Provisory measures (*medidas provisórias*)** are a type of legislative tool created by the Brazilian Constitution of 1988 to give the Executive Branch a legislative prerogative that was considered crucial for the development of the country. They are an action the President can take in urgent cases of legal regulation as long as the proposed regulation is considered “relevant” – which, since the Constitution does not clarify what is meant by “relevant”, is open to the interpretations of the President, Congress, or the Supreme Court. Although they do not pass through Congress, provisional measures have the “force of law,” that is, they must be enforced as regular legislation. Upon issue a provisory measure is immediately presented to the Congress which must decide whether it approves the measure or not. If approved, the measure becomes a regular law.

A provisional measure carries the force of law for 60 days after it is issued and, unless the Congress expressly repeals it, its validity can be extended for another 60-day period. A provisory measure repealed by the Congress can be reenacted, but not within the same legislative session during which it was originally issued. If the Congress does not take the measure into consideration during the 45 days following its issue, it gains priority in the agenda, which means that Congress cannot debate any other issues until the measure is voted upon. Because of this rule, half of the congressional sessions were spent last year in deliberations over provisional measures.

Many consider that the constitutional requirements of relevance and urgency were often disregarded by the various Presidents in office since the Constitution of 1988 was enacted, especially President Fernando Henrique Cardoso and President Lula. It is said that these Presidents abused their prerogative (and continue to do so, in case of President Lula), in formulating an overwhelming number of provisional measures, often used to regulate matters that are not generally considered urgent or relevant.

The number of measures issued since the Constitution was established is indeed very high. This year, 14 have already been presented to Congress. In the last four years, there were 183 such measures, the majority of which was approved by the Congress. Of every 4 bills approved last

---

<sup>58</sup> Sou profundamente grata a Yuri Corrêa da Luz pela muito cuidadosa revisão da primeira versão deste trabalho, bem como pelos vários comentários e críticas, que contribuíram sobremaneira para o seu enriquecimento. Agradeço também a Leonardo Rosa pelas revisões e pelas proveitosas discussões acerca das questões de fundo teórico presentes no artigo. O presente artigo foi desenvolvido a partir de monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público como trabalho de conclusão do curso da Escola de Formação do ano de 2006, sob a orientação de Bruno Ramos Pereira. A versão original encontra-se disponível no endereço [http://www.sbdp.org.br/monografia/75\\_Luciana%20Reis.pdf](http://www.sbdp.org.br/monografia/75_Luciana%20Reis.pdf). Originalmente, o artigo foi publicado em Coutinho, Diogo R. e Vojvodic, Adriana M. (coords.), *Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?*, São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

year, 1 was a provisional measure (and 2008 was considered to have been a bad year for the President in terms of his relationship with the Congress).

### **Analyzing the Supreme Court's position on provisional measures**

This paper analyzes cases in which the constitutionality of provisional measures was questioned before the Court not because of their content, but because of a supposed inobservance of the constitutional requirements for their enactment:

Conclusions of the research:

- The Court considers provisional measures an ordinary kind of legislation, not an exceptional one as appears to be implied in the Constitution. Their importance as a tool without which governing the country would be impossible is widely recognized.
- The Court acknowledges the presidential power to determine the legislative agenda of the country.
- The Court chooses not to review the determination of urgency and relevance adopted by the President because these concepts are seen as being principally subject to the interpretation of political agents (and the Court, when dealing with provisory measures, does not count itself as one).

Final conclusion:

The Court has reinforced the President's broad power to legislate by setting few, if any, limits to such power.

**Resumo:** Este trabalho tem como objetivo aclarar como o Supremo Tribunal Federal vem tratando o instrumento medida provisória ao longo dos anos. Parte-se da hipótese de que, no que concerne às medidas provisórias, o STF participa do diálogo constitucional brasileiro considerando o nosso modelo institucional, o presidencialismo de coalizão.

**Palavras-chave:** Medidas provisórias, presidencialismo de coalizão, diálogos constitucionais, separação dos poderes.

## **1. Introdução**

A Constituição de 1988, diante da necessidade de atribuir maiores poderes normativos ao Executivo, necessidade essa relacionada à ação reguladora do Estado e à busca de efetivação de

direitos sociais<sup>59</sup>, dotou o Presidente da República da competência de produzir atos com força de lei. As chamadas medidas provisórias, previstas no art. 62 da Constituição Federal, têm sido então amplamente utilizadas pelos sucessivos chefes do Executivo<sup>60</sup>. A prática é alvo de severas críticas doutrinárias, sendo comum o entendimento de que tal instrumento constitui atribuição *excepcional* do Presidente da República, a qual mitigaria, em certa medida, o princípio da separação de poderes<sup>61</sup>. Chega-se mesmo a defender a extinção da medida provisória<sup>62</sup>.

De qualquer modo, o certo é que, antes da emenda constitucional 32, de 2001, que modificou o art. 62, havia um espaço bastante amplo para a discussão acerca dos limites de atuação do Executivo na edição de MPs. Não havia, até a emenda, clareza do texto constitucional acerca da possibilidade de reedição das medidas provisórias, seja em caso de decurso do prazo de apreciação, seja em caso de rejeição expressa pelo Congresso. Na verdade, não estava claro qual o poder de disposição (se é que existia algum) do Presidente da República sobre a MP, depois de ser esta submetida ao Congresso. Além disso, as matérias suscetíveis de serem regulamentadas por medida provisória não estavam determinadas. Por fim, restavam deveras imprecisos os conceitos de “relevância” e “urgência”. O questionamento era corrente e inevitável: a quem caberia a apreciação de tais conceitos?

A emenda constitucional 32/01 aclarou alguns destes pontos, ao vedar certas matérias à regulamentação por MPs, estabelecendo para sua vigência o prazo máximo de 60 dias (prorrogável por mais 60, em caso de não apreciação do Congresso), e ao proibir a reedição, na mesma sessão legislativa, de MP rejeitada ou que tenha perdido a eficácia por decurso do prazo. Mas a competência do Presidente para a edição continua condicionada por conceitos indeterminados – nada se precisou no novo texto acerca dos termos “relevância” e da “urgência”. Atualmente, a discussão que se coloca, existindo inclusive projeto de emenda constitucional sobre o tema, diz respeito ao chamado “travamento de pauta”, feito pela medida provisória que,

---

<sup>59</sup> Segundo Marco Aurélio Sampaio (2007: 35), “A lei, hoje, em termos amplos, perdeu o sentido de garantia do *status quo*, sendo instrumento indispensável à atuação estatal. Se de um lado permanece o cânone garantístico da legalidade como modo de atuação estatal, de outro o conceito clássico de lei formal, editada apenas pelo Parlamento, é enfraquecido”.

<sup>60</sup> Desde 1988, foram 623 medidas provisórias emitidas somente até setembro de 2001, sem contar as reedições (fonte: Figueiredo e Limongi, “O Sistema Político brasileiro: entre mitos e fatos”).

<sup>61</sup> Cf. Nina Beatriz Stocco Ranieri (1997: 115). O Min. Celso de Mello compartilha dessa posição, conforme se depreende da leitura de seus votos analisados ao longo do trabalho. Em sentido contrário, vale citar José Levi do Amaral Júnior (2004: 301): “A medida provisória não é uma negação da separação dos Poderes, porquanto a separação dos Poderes, no Brasil, é *aquela que a Constituição de 1988 adota, texto constitucional esse que também prevê a medida provisória*” (grifei).

<sup>62</sup> Nesse sentido, Manuel Gonçalves Ferreira Filho (1997: 468), para quem nem mesmo “a problemática (exagerada) do quadro de esfarinhamento partidário” justificaria a existência da medida provisória, que, segundo ele, deveria ser eliminada da CF.

depois de 45 dias tramitando no Congresso, entra em regime de urgência: todas as outras deliberações são sobrestadas pela votação da MP.

Estes são apenas alguns pontos polêmicos acerca das medidas provisórias. O presente trabalho tem a finalidade de analisar o tratamento jurisprudencial que tem se dado a algumas dessas questões no Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se que essa análise é pertinente e necessária, pois a maior parte da doutrina tenta precisar o debate (por exemplo, procurando estabelecer um sentido mínimo para os conceitos de relevância e urgência<sup>63</sup>) sem atentar para o fato de que modelos teóricos normativos muitas vezes perdem-se em um idealismo sem sentido, por se descolarem da realidade institucional do país. Esquece-se de que os posicionamentos do STF e do Congresso Nacional acerca da matéria *conformam* e não *deformam* o debate. É reconhecidamente importante o papel dos tribunais na construção do sistema político de um país; por isso, para que este seja adequadamente descrito, não é possível prescindir do estudo daquele papel. Tal estudo é, por consequência, tarefa *necessariamente anterior* a uma dogmática das medidas provisórias que se pretenda crítico-propositiva, a qual não pode simplesmente tomar a forma de uma teoria geral, arraigada em pressupostos completamente descontextualizados da questão posta em análise.

## **2. Pressupostos da pesquisa e objetivo**

É pressuposto deste trabalho a existência de um presidencialismo de coalizão no Brasil. Como indica Marco Aurélio Sampaio (2007: 123), a expressão “presidencialismo de coalizão” foi primeiramente usada por Sérgio Henrique Abranches. Segundo este autor, em artigo escrito no final dos trabalhos da Assembléia Constituinte de 1988, o modelo institucional brasileiro seria peculiar, pois o Brasil seria “o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o ‘presidencialismo imperial’, organiza o Executivo com base em grandes coalizões”. As coalizões, por sua vez, seriam formadas em três momentos. O primeiro envolveria a formação de uma aliança eleitoral, na qual estariam envolvidas discussões sobre “diretivas programáticas mínimas, usualmente amplas e pouco específicas, e de princípios a serem obedecidos na formação do governo” (Abranches, 1988: 27). O segundo momento seria propriamente essa formação, em que se disputam cargos e se estabelecem compromissos em

---

<sup>63</sup> É o que tenta fazer, p.ex., Humberto Bergmann Ávila (1997: 79), para quem é possível determinar os conceitos de relevância e urgência por meio de uma análise sistemática que leve em conta a “força do contexto normativo”.

relação a um programa de governo. Finalmente, ocorreria a formulação da agenda real de políticas, sendo na passagem do segundo para este terceiro momento que se consolidaria a coalizão e se formariam “as condições fundamentais de sua continuidade” (Abranches, 1988: 28), determinando-se, assim, a estabilidade futura.

A definição do presidencialismo de coalizão foi muito importante para a ciência política brasileira, que adotou o modelo cunhado por Abranches, em especial para analisar o que nele haveria de relevante “no tocante às relações entre legislativo e executivo, dentro da nova ordem constitucional: a formação e implementação de agenda política” (Sampaio, 2004: 110). nesse sentido que, em análise posterior, na qual são usados dados empíricos acerca da atividade legislativa no Congresso Nacional e do comportamento dos parlamentares, Argelina Figueiredo e Fernando Limongi (2001: 9) É afirmam:

*A recente experiência presidencialista no Brasil revela que o Congresso não é uma instância institucional de veto à agenda do Executivo. Não parece ser verdade que, sob o presidencialismo, todo e qualquer parlamentar tem uma e apenas uma estratégia dominante, a de agir irresponsavelmente e não cooperar com o Executivo. Este, sob o presidencialismo, pode dispor de recursos que induzam os parlamentares a cooperar com o governo e a sustentá-lo. O controle exercido pelo Executivo sobre a iniciativa legislativa cria incentivos para que parlamentares se juntem ao governo apoiando sua agenda.*

Nesse sentido, também afirma Marco Aurélio Sampaio que a governabilidade e estabilidade de nosso sistema só se mantêm se o Executivo divide com o Legislativo o “papel de protagonista do governo” (2007: 105). É, aliás, esse autor que transporta para o universo jurídico as noções de ciência política aqui delineadas na análise da medida provisória, vista, “dentro do cenário do presidencialismo, como instrumento de agenda e indutor de coalizão” (2004: 152). É, de fato, a medida provisória o principal poder legislativo atribuído ao Presidente da República, pois as MPs “afetam a estrutura de preferências dos parlamentares, induzindo-os a cooperar. Dado o custo de rejeição de uma MP, os parlamentares podem julgar preferível aprová-la, tendo em vista os efeitos já produzidos durante a sua vigência” (Figueiredo e Limongi, 2001: 39). Vê-se, portanto, que *a medida provisória é um dos principais instrumentos do Executivo para formar sua agenda política no contexto do presidencialismo de coalizão.*

O texto de Marco Aurélio Sampaio trabalha com a medida provisória sob uma perspectiva de diálogo constitucional entre Legislativo e Executivo. A expressão “diálogo

constitucional” foi cunhada por Louis Fisher, para quem “o direito constitucional não é um monopólio do judiciário. É um processo no qual os três poderes convergem e interagem por meio de suas distintas interpretações” (1997: 3)<sup>64</sup>. Ao mostrar que a Constituição é interpretada por todos os agentes públicos, Fisher constrói uma teoria da “construção coordenada” (1997: 231-232) do direito constitucional, pela qual

*o Presidente e os membros do Congresso têm ambos autoridade e competência para se envolver na interpretação constitucional, não somente antes que os tribunais a façam, mas também depois. Todos os três poderes realizam um valioso, extenso e contínuo papel na determinação do sentido da Constituição*<sup>65</sup>.

Segundo Marco Aurélio Sampaio, este processo de construção coordenada seria o próprio processo de diálogo constitucional (2007: 67)<sup>66</sup>. A reinterpretção da medida provisória promovida por esse autor emprega uma linha metodológica segundo a qual Política e Direito estão relacionados de modo a determinar uma mutação constitucional que conforma a sistemática de separação de poderes na Constituição brasileira, alterando, de resto, os próprios limites da medida provisória<sup>67</sup>.

Esta pesquisa segue estas diretrizes teóricas, mas trabalhando com um objeto diverso. Enquanto Marco Aurélio Sampaio estuda como “*os próprios protagonistas em questão (é dizer, executivo e legislativo) concebem como o ideal de suas relações, bem como o possível, denotado pela prática*” (2007: 106, grifos no original), o presente trabalho tem como objetivo entender o papel do Supremo Tribunal Federal como um *outro interlocutor* no diálogo constitucional em questão, cuja função não é menos importante do que a daqueles dois. Para isso, naturalmente pressupomos, como hipótese, que o tribunal não se afastou desse diálogo, tendo sido diretamente influenciado pela dinâmica política de nosso modelo institucional, o presidencialismo de coalizão.

---

<sup>64</sup> “Constitutional law is not monopoly of the judiciary. It is a process in which all three branches converge and interact with their separate interpretations” (tradução livre).

<sup>65</sup> “The President and members of Congress have both the authority and the competence to engage in constitutional interpretation, not only before the courts but afterwards as well. All three branches perform a valuable, broad and ongoing function in helping to shape the meaning of the Constitution” (tradução livre).

<sup>66</sup> Como observa este autor, a expressão “diálogo constitucional” não é claramente definida na obra de Fisher, sendo relevante, entretanto, ressaltar a noção de que “a política é permeada por interesses de todos os poderes que se acomodam conforme sua interação, sendo que de tal processo resulta um *sentido próprio e não-aparente da constituição*” (2004: 57, grifei).

<sup>67</sup> “Tal mutação é, em verdade, ligada às próprias relações havidas entre legislativo e executivo, condensadas no chamado *presidencialismo de coalizão*, e denotadoras de uma nova prática e de um novo sentido de nossa separação de poderes. Embora o objeto do presente estudo, como já frisado, seja a identificação da medida provisória como ato de governo, e não as formas silenciosas de mudança constitucional ou mesmo a sua ocorrência com relação a parte específica de nosso Direito, não se podia deixar de mencionar o tema, já que é em tal contexto que se há de definir a medida provisória, como aludido”. (Sampaio, 2004: 98).

Visando alcançar o objetivo acima exposto, o trabalho procura traçar um panorama geral a respeito da apreciação das medidas provisórias no Supremo Tribunal Federal. Uma vez construído o universo de acórdãos<sup>68</sup>, foi possível identificar alguns temas tidos como relevantes ao objeto do trabalho. Levando em consideração as limitações de espaço e considerando a relevância de cada tema identificado para o conjunto do trabalho, optou-se por abordar quatro tópicos: (i) vedação do tratamento de certas matérias por medidas provisórias, (ii) disponibilidade do Presidente da República sobre a edição e revogação desses instrumentos, (iii) controle jurisdicional dos requisitos de relevância e urgência e (iv) uso abusivo de MPs e o “princípio” da separação dos poderes.

Assim, seguem-se quatro seções, uma para a análise de cada tema dentre estes acima expostos. Busco, na medida do possível, iniciar as seções com a análise direta dos temas que desejo tratar em cada uma, expondo posições relevantes dos Ministros e procurando o posicionamento do tribunal como instituição. A análise obedece a uma ordem cronológica, para que se possa vislumbrar quais precedentes se firmaram e se houve mudanças de posicionamento.

### **3. Limites materiais das medidas provisórias**

É na ADI-MC 162 que se encontram as alegações mais substanciais acerca da delimitação de matérias cuja regulamentação seja vedada por medida provisória. O voto do min. Celso de Mello nos traz relevantes apontamentos. Ele estabelece três “princípios cujo valor imperativo restringe o âmbito material das medidas provisórias” (p. 19<sup>69</sup>): o princípio da separação de poderes, o princípio federativo e a tutela constitucional das liberdades. Nesse mesmo acórdão, ADI-MC 162, o min. Sepúlveda Pertence, também procurando delimitar o campo de regulação das MPs, constrói um interessante raciocínio. Segundo o Ministro, há entre os “limites lógicos” à medida provisória, um fundamental, que é a reversibilidade dos efeitos produzidos pelas MPs (o Ministro não explica o que são ou quais são tais limites, apenas afirma

---

<sup>68</sup> Para delimitar o universo de acórdãos a ser investigado, foram usados argumentos de pesquisa que abrangessem dois pontos cruciais nesta apreciação: o exame pelo Supremo Tribunal Federal dos requisitos de relevância e urgência e a questão de serem ou não as medidas provisórias instrumentos que se adequam à separação de poderes. Esses argumentos foram: “medid\$ adj provisóri\$ e (relevância adj urgência)” e “medid\$ adj provisóri\$ e (separação adj poderes). Foi também usado o argumento “medid\$ adj provisóri\$ e (controle adj jurisdicional)”, como mero complemento, já que também fundado na idéia inicial de encontrar acórdãos que se remetessem àqueles dois pontos cruciais. Tais argumentos, introduzidos na seção “pesquisa de jurisprudência”, no sítio do Supremo Tribunal Federal ([www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)), resultaram, na pesquisa feita em 2006, em 51 acórdãos, dos quais 28 foram utilizados neste artigo. Nova pesquisa, com os mesmos argumentos, foi feita em 2008, resultando em 4 novos acórdãos, dos quais 2 foram utilizados. Os acórdãos não utilizados ou não trazem matéria relevante para os tópicos escolhidos para serem abordados no artigo ou são idênticos, com mudanças apenas laterais, a acórdãos que foram usados.

<sup>69</sup> As páginas aqui citadas são as páginas do processo.

ser a reversibilidade um desses limites). O mecanismo de controle mais eficaz da utilização desses instrumentos seria “a eficácia *ex tunc* da rejeição”, porque “há de levar o governante a pensar nas graves conseqüências que possam advir da edição de uma medida cautelar, que amanhã seja rejeitada” (p. 29).

É preciso, entretanto, levar em conta o manejo das instituições feitas pelo Presidente, de modo a que não se busque controlar o abuso na edição de medidas provisórias com mecanismos inócuos. Pensar que a possibilidade de ocorrer rejeição *ex tunc* da medida provisória poderia levar o Presidente a se auto-limitar no que concerne às matérias que poderiam ou não ser reguladas por MP é uma ingenuidade. Na verdade, é subjacente ao próprio uso das medidas provisórias a possibilidade de o Presidente estabelecer um poder de agenda<sup>70</sup> por meio de uma imposição feita ao Congresso Nacional, que é *obrigado* a considerar os efeitos decorrentes da rejeição de uma norma que já está em vigor. Ou seja, o Congresso trabalha com dois possíveis resultados quando da apreciação: ou mantém a medida provisória e seus efeitos regulares ou a rejeita, fazendo com que se crie uma situação que, considerado os efeitos já produzidos pela MP, não é idêntica ao *status quo ante* (Amorim Neto e Tafner, 2002: 20). Assim, para usar plenamente a MP como um instrumento capaz de estabelecer uma agenda legislativa considerada relevante, o *Presidente muitas vezes tem a intenção de editar MPs com efeitos irreversíveis*.

No voto do relator da ADI 162, min. Moreira Alves, chega-se a mencionar uma certa relevância jurídica da tese do requerente, quando esta afirma ser inconstitucional a criação de delito por medida provisória<sup>71</sup>. Ocorre aí um delineamento da tentativa de estabelecer limites materiais, mas o relator prefere se ater ao julgamento cautelar e, não enxergando conveniência na concessão de liminar para o caso, indefere o pedido. Esse entendimento foi seguido pelo tribunal, restando os Ministros Sepúlveda Pertence e Celso de Mello vencidos. O min. Pertence volta à questão dos “limites lógicos” das MPs na ADI-MC 1726. Nesse caso, curiosamente acompanhou o relator e o entendimento predominante, não vendo motivos para deferir a liminar contra a MP impugnada, mas deixou, entretanto, expressas as “reservas para exame menos superficial do tema em julgamento definitivo” (p. 447). Mais uma vez, não há explicação do Ministro acerca do

---

<sup>70</sup> Aqui se entende que poder de agenda é a “capacidade de determinar não só que propostas serão consideradas pelo Congresso, mas também quando o serão” (Figueiredo e Limongi, 2001: 23). Segundo Marco Aurélio Sampaio, “[t]rata-se da própria mecânica do *presidencialismo de coalizão*, a partir das possibilidades ditadas pela Constituição” (2007: 132).

<sup>71</sup> A MP impugnada, além de dispor sobre a prisão temporária, estabelece o seguinte tipo penal, a ser incluído como alínea i no art. 4º da lei 4893/65: “i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade”.

que sejam os tais limites lógicos e, neste caso, esses limites não o levam nem mesmo a decidir pelo deferimento da liminar.

Outra temática que tem suscitado discussões no STF acerca dos limites materiais das medidas provisórias é a tributação. O primeiro dos acórdãos encontrados e que faz referência ao tema é a ADI-MC 1417, julgada em março de 1996. Há disponível apenas o voto do relator, min. Octavio Gallotti que, de maneira muito simples, afirma: “[t]endo força de lei, é meio hábil, a medida provisória, para instituir tributos, e contribuições sociais” (p. 114). O entendimento foi aparentemente unânime no Plenário e serviu inclusive como precedente para a ADI-MC 1667, julgada em setembro de 1997. O min. Marco Aurélio, ausente no julgamento dessa ADI-MC 1417, traz, entretanto, uma problematização em julgamento posterior, ADI-MC 1441, em que nega a possibilidade de se instituir contribuição social por medida provisória, entendimento que reitera no julgamento de mérito da ADI 1417<sup>72</sup>. Mas não é acompanhado nesse entendimento em nenhum desses casos<sup>73</sup>.

Os dois acórdãos mais recentes dentro do universo de pesquisa estabelecido, que tratam das limitações materiais das MPs, são a ADI-MC 2227 e a ADI 3289, a primeira julgada em setembro de 2000 e a segunda em maio de 2005, posteriores, portanto, à EC 32. Em ambas, a inconstitucionalidade é afastada pelo entendimento de que as matérias veiculadas pela MP em questão tratam exclusivamente de direito administrativo, não de direito penal, processual penal ou processual civil (matérias cuja regulamentação por MP passou a ser vedada após a EC). Em outras palavras, o tribunal não aproveitou a oportunidade para voltar à questão dos limites materiais.

Como conclusão a este tópico, há a percepção de que a questão dos limites materiais das medidas provisórias não vem influenciando as decisões finais do STF, mesmo porque não houve Ministro que conseguisse fazer uma construção teórica coerente a respeito do tema, apta a ser aplicada como um precedente geral para o problema. Além disso, a questão foi tratada com superficialidade pela maioria dos Ministros (exceção de Sepúlveda Pertence, Celso de Mello

---

<sup>72</sup> Neste caso, já se julgava a constitucionalidade de uma lei de conversão, sendo que o min. Marco Aurélio entende se estenderem às leis de conversão os vícios presentes nas MPs. Ele reafirma esse posicionamento na ADI-MC 3289, em que mais uma vez se tratava de uma lei de conversão, e novamente seu posicionamento não é acolhido pelo tribunal.

<sup>73</sup> Na ADI-MC 1687, novamente o min. Marco Aurélio tenta estabelecer outro limite material às medidas provisórias. Nesse acórdão, relatado em novembro de 1997, o Ministro afirma não conseguir conceber que matéria trabalhista possa ser disciplinada por MP (p. 490), mas não fica claro o fundamento desta limitação. Também nesse caso o posicionamento do Ministro não é acolhido pelo tribunal. Dentre os Ministros vencidos no caso, apenas o min. Celso de Mello tem como fundamento de seu voto a questão do abuso da edição de medidas provisórias, mas não menciona claramente a existência de possível vedação material que a MP do caso tivesse descumprido. Os outros Ministros tratam de questões materiais alegadas pelo requerente.

e Marco Aurélio). A partir de pesquisa realizada, é possível, portanto, estabelecer o indício de que a posição institucional do Supremo Tribunal Federal quanto a este tema foi *omissiva* – esperou-se que o legislador, por meio de emenda constitucional, restringisse as matérias passíveis de serem tratadas por medidas provisórias.

#### 4. Poder de disponibilidade do Presidente sobre as MPs

A ADI-MC 221 trata dos efeitos e da possibilidade de revogação de medida provisória pelo Presidente da República. A ADI foi proposta contra as MPs 153 e 156, ambas de 1990. As medidas questionadas foram, no entanto, revogadas por MP posterior, MP 175/90. Isso fez com que o próprio autor da ação, o Procurador-Geral da República, em requerimento enviado ao STF, reconhecesse a perda do objeto da ação e sua conseqüente prejudicialidade. Apesar disso, o tribunal não julgou prejudicada a ação, mas tão-somente o pedido de liminar, pois entendeu que o Presidente não tem poder de disponibilidade sobre medida provisória. Ou seja, uma vez publicada, a medida provisória não estaria mais à disposição do Presidente: ele não poderia alterá-la ou revogá-la.

O pressuposto de um dos raciocínios presentes no voto do relator desse caso, min. Moreira Alves, é de que em nosso sistema jurídico não se admite “declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo com força de lei por lei ou ato normativo com força de lei posteriores” (p. 51). A razão pela qual o Ministro se refere a “declaração de *inconstitucionalidade*” é o fato de o texto da MP 175 ter declarado “*nulas* e de nenhuma eficácia” as MPs 153 e 156, e, de acordo com o Ministro, a *nulidade* de lei ou ato normativo com força de lei só poderia ser declarada por vício de inconstitucionalidade. Como “o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos em vigor é atribuição exclusiva do Poder Judiciário”, a MP 175 seria inconstitucional. Isso seria uma razão para julgar pela não-prejudicialidade da ação, pois, sendo o ato revogatório inconstitucional, as MPs questionadas pelo requerente estariam ainda em vigor<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> Da análise desse entendimento, percebe-se que o Ministro não reconhece controles não-jurispcionais de constitucionalidade. Esse ponto de vista pode, no entanto, ser colocado em questão, a partir do momento em que se pensa na própria apreciação de MPs pelo Congresso Nacional. Ora, se o decurso de prazo determinava, nos termos da redação antiga art. 62, a perda de eficácia *ex tunc*, com mais razão a rejeição promovida pelo Congresso poderia acarretar esse mesmo efeito, o que tornaria a MP rejeitada nula, configurando-se, assim, um verdadeiro “*controle de constitucionalidade congressional*”. Levando o argumento do min. Moreira Alves ao limite, este controle seria ilegítimo, como, de resto, qualquer atividade legislativa do Estado que revogue *ab initio* atos normativos anteriores.

O min. Moreira Alves, no entanto, não permanece apenas nesse argumento, mesmo porque, aplicando uma “interpretação conforme a Constituição”, entende ser a MP 175 *ab-rogatória* das MPs 153 e 156, e não verdadeiramente *revogatória* (o que seria determinante para sua inconstitucionalidade, de acordo com a argumentação exposta no parágrafo acima)<sup>75</sup>. Assim, segundo Moreira Alves, haveria outro motivo para impedir a edição de MPs revogatórias (ou mesmo ab-rogatórias): com essa prática, o Presidente “poderia impedir, quando percebesse que ela [medida provisória] poderia ser rejeitada, que o Congresso o fizesse, extinguindo a possibilidade de edição de medida provisória do mesmo teor” (p. 47). Aqui o Ministro dá a melhor sustentação para a sua decisão. Ele percebeu um hábil mecanismo que poderia ser utilizado pelo Presidente da República, abrindo espaço para fazer viger, por tempo prolongado, medidas que provavelmente seriam rejeitadas pelo Congresso. Por meio da ADI-MC 221, o Supremo mandou uma mensagem à presidência: *que não se edite medidas provisórias revogatórias, pois, uma vez acionado o STF, este declarará a inconstitucionalidade de tal medida*. Há aqui, portanto, um caso em que o STF efetivamente estabeleceu um diálogo com outro poder, ainda que não possamos dizer que foram impostos verdadeiros limites ao poder presidencial de revogar medidas provisórias: o Presidente não se vincula à decisão do tribunal e poderia, mesmo após essa decisão, editar uma MP revogatória, a qual valeria até que o STF declarasse sua inconstitucionalidade<sup>76</sup>.

De resto, o voto do min. Moreira Alves conclui que a MP 175 ab-roga as MPs 153 e 156 sob *condição resolutive*: a sua apreciação pelo Congresso Nacional. Dessa forma, o Ministro buscou garantir a apreciação de toda e qualquer medida provisória pelo Congresso Nacional, ainda que seja uma medida provisória cuja desvalia já tenha sido reconhecida pelo próprio Presidente da República. Essa necessidade de controle congressual é também um dos fundamentos do voto do min. Celso de Mello no caso, que, juntamente com o voto do relator, é acolhido pelo plenário. Adotando tal entendimento, o Supremo ignorou que o fato de o Presidente retirar uma medida provisória pode, em si, ser a efetivação de uma forma de controle

---

<sup>75</sup> Essa interpretação se legitima, segundo Ministro, porque “entre as normas ‘declaradas nulas e de nenhuma eficácia’ da Medida Provisória nº 153, há dispositivos como o do artigo 10 de mera atribuição de competência a órgão do executivo para proceder a desapropriação (...), sem que se possa vislumbrar qualquer espécie de inconstitucionalidade, capaz de gerar a necessidade de sua ‘declaração’ por Medida Provisória posterior (p. 53)”.

<sup>76</sup> O diálogo constitucional nunca é de fato interrompido se um dos poderes está descontente. Assim afirma Louis Fisher (1997: 8): “Determinações judiciais permanecem inalteradas apenas na medida em que o Congresso, o Presidente, e o público em geral, considerem as decisões convincentes, razoáveis e aceitáveis. Se isso não acontece, o debate continua” (“Judiciary rulings rest undisturbed only to the extent that Congress, the President, and the general public find the decisions convincing, reasonable and acceptable. Otherwise, the debate goes on”, tradução livre).

sobre a edição desses atos. A retirada de uma MP pelo Presidente pode levar em conta circunstâncias políticas impostas pelo próprio Congresso Nacional<sup>77</sup>.

Já em agravo regimental na ADI 365 ocorre novamente a tentativa de estabelecimento de um limite ao poder presidencial de edição de MP. O min. Celso de Mello entende que, *não sendo a MP apreciada pelo Congresso, haveria desconstituição dos atos praticados durante a sua vigência*. Negando a possibilidade de convalidação de partes de uma MP por MPs posteriores, estaria o Ministro negando ao Presidente a própria possibilidade de reedição de MPs. É esse também o entendimento do min. Marco Aurélio exposto em acórdãos posteriores (ADI-MC 1516, de março de 1997 e ADI-MC 1667, de setembro de 1997) a esse agravo de regimento, julgado em novembro de 1990. Tanto na ADI-MC 1516 quanto na ADI-MC 1667, o min. Marco Aurélio foi voto vencido<sup>78</sup>, sendo que nenhum outro Ministro, à exceção do min. Sepúlveda Pertence, tratou da questão das reedições.

É relevante analisar o posicionamento do min. Pertence, pois ele muda seu entendimento. Na ADI-MC 1516, afirma ser “evidente que as reedições sucessivas, ao fim do prazo, das medidas provisórias, não ofendem o princípio da independência do Poder Legislativo”. Mas já na ADI-MC 1675, julgada também em setembro de 1997, o Ministro anuncia que está revisando suas convicções no sentido de reconhecer a legitimidade das reedições de medida provisórias, pois a “tolerância a este respeito tem gerado distorções institucionais de tal monta que talvez seja tempo de repensar a jurisprudência” (p. 371). O caso em questão, entretanto, “até porque se trata de uma modesta primeira reedição”, não lhe parece oportuno para aprofundar a questão. No mesmo sentido é a manifestação do Ministro na ADI-MC 1667.

---

<sup>77</sup> No caso, há evidências fortes de que foi isso o que realmente aconteceu. As MPs 153 e 156 fizeram parte de um pacote de medidas provisórias, publicadas pelo Presidente Collor em 15 de março de 1990, que instaurava o Plano Collor. Segundo Limongi e Figueiredo (2001: 159), essas “medidas provisórias não passaram incólumes pelo Congresso Nacional (...) o governo de viu forçado a negociar, (...) fez concessões ao PMDB expressas na aprovação de algumas emendas”. É possível inferir, sem muitos problemas, que o Presidente considerou o custo político de manter, em um cenário já conflituoso com o Congresso Nacional, duas MPs cuja rejeição seria inevitável, pois haviam sido questionadas pelo próprio Procurador-Geral da República em ADI. Tem-se aqui um caso em que o STF estabeleceu um parâmetro para a atividade presidencial de edição de MPs, mas esse parâmetro baseou-se em uma suposta fragilidade do Congresso frente aos desmandos de um governo autoritário, fragilidade que não existia na prática. Por fim, resta dizer que a ADI 221 restou prejudicada, pois *a MP 175, revogatória, foi convertida em lei pelo Congresso Nacional*.

<sup>78</sup> Na ADI-MC 1597, julgada em 19 de novembro de 1997, o min. Marco Aurélio, firme no entendimento de não serem legítimas as reedições de MPs, fundamenta o seu voto pela concessão da liminar na circunstância de estar a MP impugnada na sua quadragésima oitava reedição. A discussão que se dá no Plenário, entretanto, concentra-se somente na legitimidade da *matéria* veiculada pela MP, que não é apreciada pelo min. Marco Aurélio. Ainda, na ADI-MC 1753, de abril de 1998, mais adiante analisada em detalhes (v. seção 5), o fundamento único do Ministro para prover a liminar e suspender a eficácia do dispositivo questionado são as reiteradas reedições da MP então impugnada.

A data desses três últimos acórdãos revela que a preocupação com a ilegitimidade das reedições surgiu de maneira patente, levando inclusive à iminência da mudança de posicionamento de um Ministro, algum tempo depois de prática reiterada de edição de medidas provisórias. Essa circunstância pode ser reputada ao fato de que foi somente a partir do ano de 1994 que as reedições de MPs começaram a superar em muito a edição de MPs originais<sup>79</sup>. Deste ano até 2000, enquanto o crescimento da edição de medidas provisórias não se manteve constante, havendo diminuição nas passagens de 1994 para 1995, 1996 para 1997 e 1999 para 2000, o crescimento das reedições foi estrondoso, dando-se em uma média de 197,57% ao ano. Em 1997, foram 683 reedições e 33 MPs originais<sup>80</sup>. É possível perceber, assim, que os pronunciamentos do min. Sepúlveda Pertence foram instigados pelas circunstâncias, principalmente considerando que não há, em nenhuma das três ADIs analisadas (ADI-MC 1516, ADI-MC 1667 e ADI-MC 1675), questionamentos do requerente acerca da impossibilidade de reedição de MPs. Apesar das posições individuais destes dois Ministros, não se pode afirmar que há um posicionamento institucional do STF que reconheça a ilegitimidade das sucessivas reedições. Em nosso universo de pesquisa, encontra-se, na verdade, um reiterado posicionamento reconhecendo tal legitimidade.

O acórdão mais antigo encontrado a tratar da possibilidade de reedição de MP é a ADI-MC 295, julgada em 22 de junho de 1990, em que se reconheceu que a inação do Congresso, não rejeitando nem aprovando uma MP, não é necessariamente uma *rejeição* tácita. Não haveria na reedição, portanto, “oposição entre a vontade do Congresso Nacional e a do Executivo, nem a possibilidade de vir este último a perpetuar a sua deliberação, à revelia de posição firmada pelo Poder Legislativo” (min. Octavio Gallotti, p. 57). O posicionamento externado pelo tribunal na ADI-MC 295 foi seguido em todos os julgamentos posteriores pesquisados em que o requerente alegava a ilegitimidade da MP, argumentando as reedições. Assim ocorreu na ADI-MC 1397, julgada em abril de 1997, por sua vez usada como precedente da ADI 1647, julgada em dezembro de 1998.

Nessa ADI-MC 295, merece especial relevo o voto do min. Marco Aurélio. Contrariando todas as expectativas, criadas pela leitura de seus votos posteriores, verifica-se que a decisão do

---

<sup>79</sup> Fonte: Amorim Neto e Tafner (2002). Em 1993, houve 47 MPs originais e 49 reedições. Em 1994, este número foi de 91 originais para 314 reedições.

<sup>80</sup> Segundo Tafner e Amorim (2002: 11), “A reedição parece ser a forma predominante adotada pelo Executivo na consecução de sua agenda legislativa, principalmente no governo de Cardoso”.

Ministro neste caso foi pela possibilidade de reedição. A que se deve esta mudança radical de posicionamento do Ministro? A hipótese levantada anteriormente, que enxerga no número crescente de reedições de MPs levado a cabo pelo Executivo o fato motivador das manifestações contrárias à reedição, pode também aqui servir como explicação. É de se notar que o min. Marco Aurélio conformou o texto constitucional à realidade institucional que ia se afigurando.

Por fim, o último acórdão encontrado a tratar do poder de disponibilidade do Presidente sobre as MPs é referente à ADI-MC 2984, julgada em setembro de 2003 – posterior à EC 32, portanto. No caso, tratava-se da MP 128/03, que revogou a MP 124/03, pois esta estava trancando a pauta do Congresso Nacional e era de interesse do governo liberá-la para que pudesse ser votada a reforma tributária. A min. Ellen Gracie, relatora, invoca como precedente a ADI-MC 221, que teria determinado a licitude de MPs ab-rogantes, com a ressalva de que a ab-rogação se daria por condição “resolutiva de a medida provisória que a decretou ser convertida em lei pelo Congresso” (voto do min. Moreira Alves na ADI-MC 221, citado na p. 74). Não se efetivou, portanto, a mensagem dada pelo STF, à época do julgamento da ADI-MC 221, ao Executivo: o de que uma medida provisória revogatória seria considerada inconstitucional<sup>81</sup>. Realmente não parece ter sido dessa forma que o tribunal entendeu tal julgamento, mas sim de uma maneira mais positiva aos limites do poder presidencial – pela possibilidade de revogação de MP por outra MP<sup>82</sup>. O entendimento da relatora é seguido por todos os outros julgadores, à exceção do min. Marco Aurélio, sendo indeferido o pedido de liminar. Considera-se, assim, que o limite ao poder presidencial que se delineou na ADI-MC 221 não foi acolhido pelo tribunal.

No voto do min. Pertence, entretanto, encontra-se claramente uma tentativa de, mesmo admitindo o poder de revogação, estabelecer um novo limite à disponibilidade presidencial sobre as MPs. O Ministro percebe que, permitindo-se a revogação de uma MP em curso de apreciação pelo Presidente, poderia se permitir também a reedição da medida revogada. Abriria-se, então, segundo o Ministro, “o espaço para o Governo do jogo ‘de gato e rato’: revogava-se a medida provisória, aprovava-se aquilo que a sua pendência estaria a obstruir e, logo em seguida editava-

---

<sup>81</sup> Vale lembrar que neste caso o Supremo não julgou a constitucionalidade da MP revocatória, e sim o andamento de uma ação cujo objeto eram MPs revogadas.

<sup>82</sup> Assim se manifesta a Ministra relatora da ADI-MC 2984: “[a]pós a apreciação dessa pioneira ADI nº 221, que se deu em 29 de março de 1990, sucederam-se outras tantas, nas quais se buscava a declaração de inconstitucionalidade de medidas provisórias revocatórias de outras anteriormente editadas, cujos prazos para apreciação pelo Congresso Nacional ainda não se haviam esgotado. Ressalte-se que nem as alegações de violação ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes, de interferência indevida no decurso do prazo de ausência de motivação aparente para o ato, abalaram as premissas assentadas neste Supremo Tribunal, dando-se, por conseguinte, o indeferimento dos pedidos de medida cautelar. Assim ocorreu, por exemplo, na ADI 1.204-MC (...), ADI 1315-MC (...), ADI 1370-MC (...), ADI 1659 (...)” (p. 76).

se nova medida provisória, como o mesmo conteúdo da revogada” (p. 83). Tal jogo seria ilegítimo, pois “o que a Constituição proíbe obter diretamente [a reedição de MP], não se pode obter por meios transversos” (p. 83). Esse entendimento, já exposto, com menos eloquência, pela própria relatora do caso, é reiterado pelos Ministros Gilmar Mendes, Mauricio Corrêa e Carlos Britto. Ocorre, então, uma nova mensagem dada pelo Supremo Tribunal Federal ao Presidente da República: a revogação de medida provisória é permitida, desde que não se pretenda com esta abrir caminho para a reedição da medida revogada. Há aqui, claramente, um momento de diálogo constitucional.

Ainda sobre a ADI-MC 2984, é bastante relevante notar que há no Supremo o *reconhecimento do poder de agenda do Presidente da República*, o que é possível perceber nos votos da min. Ellen Gracie e do min. Nelson Jobim<sup>83</sup>. De maneira geral, conclui-se que a jurisprudência do tribunal vem reforçando o poder do Presidente na edição de medidas provisórias, ainda que resguarde alguns limites que podem ser usados em apreciações futuras. É este o sentido das mensagens dadas pelo tribunal: deixar claro que, embora se reconheça a amplitude dos poderes presidenciais, o tribunal tem o poder de estabelecer parâmetros para esses poderes. Mantém-se, assim, o presidencialismo de coalizão, sem que seja sobrestado o poder de agenda do Executivo, como o tribunal poderia ter feito inúmeras vezes, deferindo a liminar na ADI 2983, por exemplo, ou, de maneira mais ampla, negando, nos primórdios da construção do modelo institucional pós-1988, a possibilidade de reedição de MPs. É claro que em nenhum desses casos o STF poderia atuar como uma verdadeira instância de veto às prerrogativas presidenciais, pois, em último caso, poderia ter sido aprovada, por exemplo, uma emenda constitucional que tornasse expressa a possibilidade de reedição das MPs. Mas é certo que essa atuação poderia ser *combativa*, o que não ocorreu. Houve, pelo contrário, um papel *construtivo* do STF quanto ao poder de agenda do Executivo, pelo menos no que toca à edição de medidas provisórias.

---

<sup>83</sup> Segundo a min. Ellen Gracie, “a ponderação de interesses prioritários na tramitação das matérias perante a Casa Legislativa é opção política que o Poder Executivo fez e lisamente apresentou, em sua exposição de motivos, como causa determinante para a edição da Medida Provisória nº 128” (p. 77, grifei). O min. Nelson Jobim, ex-parlamentar que é, ainda mais claramente diz: “todos esses mecanismos de obstrução de pauta ou de paralisação de pauta, por não-votação, são mecanismos para determinar e forçar o Congresso a votar” (p. 88, grifei), citando como exemplo o pedido de urgência feito pelo Presidente para a tramitação de determinado projeto.

## 5. Controle jurisdicional dos requisitos de relevância e urgência

A ADI-MC 162 é a primeira a tratar do controle dos requisitos constitucionais para a edição de medidas provisórias – a relevância e a urgência. O min. Moreira Alves, relator deste acórdão, traz à tona um conceito importante – o “abuso do poder de legislar”, que seria algo a se aferir *objetivamente*, ou seja, sem se fazer um juízo de mérito sobre o ato normativo. O voto do min. Moreira Alves foi acompanhado pela quase totalidade do Plenário<sup>84</sup> nesta ADI-MC 162, excetuando-se os Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. O min. Celso de Mello firma posicionamento, que será reiterado em acórdãos posteriores, por uma completa judiciabilidade dos pressupostos de relevância e urgência. Nas manifestações do min. Celso de Mello, fica clara uma visão do Congresso Nacional como instituição completamente acuada, incapaz de exercer sua prerrogativa constitucional de rejeitar medidas provisórias. Somente diante de um quadro assim, poderia se dizer que a apreciação jurisdicional dos requisitos de relevância e urgência deve sempre funcionar como um controle ao poder presidencial. Isso porque, nesse quadro descrito, diante da inação congressual, o Presidente teria total liberdade na edição de MPs<sup>85</sup>. Raciocínio idêntico *ipsis verbis* ao exposto na ADI-MC 162, formula novamente o min. Celso de Mello na ADI-MC 221 (p. 60) e na ADI-MC 293 (p. 21).

A posição que vem tomando o STF quando da análise da relevância e urgência, entretanto, não se coaduna com essa justiciabilidade radical dos pressupostos defendida pelo min. Celso de Mello. Na ADI-MC 525, julgada em junho de 1991, o min. Sepúlveda Pertence, relator, citando a ADI-MC 162, diz que, nesta, solidarizou-se com o min. Moreira Alves, quando este reconheceu que o controle jurisdicional dos requisitos de relevância e urgência “*não retira o caráter discricionário do juízo político*, que os afirma, restringindo-se, pois, (...), em cada caso, da *existência de abuso manifesto*” (p. 50, grifei). Essa auto-restrição do tribunal permaneceu, ao

---

<sup>84</sup> Deve-se, no entanto, ressaltar entendimento diverso ao do relator externado pelo min. Néri da Silveira. Enquanto o primeiro entende que as limitações impostas aos julgadores no âmbito cautelar se coadunam com as limitações do controle jurisdicional da relevância e da urgência, o segundo considera ser impossível verificar esses pressupostos sem transgredir aquelas limitações do juízo cautelar, ou seja, sem entrar no mérito (p. 45). O min. Silveira, com tal posicionamento, nega a possibilidade de se aferir objetivamente a falta ou a presença da relevância e da urgência em sede de cautelar. No mesmo sentido, na ADI-MC 1417, de março de 1996, o min. Octavio Gallotti, relator, nega a possibilidade de exame da ausência de urgência em fase de requerimento liminar (p. 97), no que é acompanhado pelo plenário. Note-se que nos dois casos, o posicionamento resulta em limitação do exame jurisdicional dos pressupostos da medida provisória.

<sup>85</sup> Considero pertinente expor um contraponto a essa visão: não é possível desconsiderar, em um contexto de presidencialismo de coalizão, como o brasileiro, a existência de um “silêncio eloqüente” (Marco Aurélio Sampaio, *A medida provisória como ato de governo*, p. 174) do Congresso Nacional, até mesmo porque “poderes tidos como importantíssimos ao executivo brasileiro, como o de veto e de edição de medidas provisórias, por exemplo, *não se mantêm sem apoio mínimo no congresso nacional*, por vezes significando tal apoio o de maioria” (idem, p. 140, grifos no original).

longo dos anos, como a posição institucional do STF a respeito do controle jurisdicional dos requisitos de relevância e urgência. Nesse sentido, pode-se citar alguns acórdãos que adotam *expressamente* esse posicionamento: no ano de 1997, a ADI-MC 1516 e a ADI-MC 1667, no ano de 1998, a ADI-MC 1754 e a ADI 1647, no ano de 1999, a ADI-MC 1717 e as ADIs-MC 1922 e 1976 (que foram julgadas juntas), em 2000, a ADI-MC 2227, em 2001, a ADC-MC 9, em 2002, a ADI 425 e a ADI-MC 2150, em 2005, a ADI 3289 e, em 2007, a ADC-MC 11 .

O posicionamento institucional do Supremo Tribunal Federal no sentido de se limitar na avaliação dos pressupostos de edição da medida provisória<sup>86</sup> é muito bem ilustrado pelo fato de, em toda a história do controle de constitucionalidade de MPs, apenas uma única decisão ter se baseado na ausência dos requisitos de relevância e urgência. Na verdade, este é o *único* caso em que se reconhece a existência de *inconstitucionalidade formal* de MP. Trata-se da ADI-MC 1753<sup>87</sup>. Esta ADI, cujo requerente foi o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, teve como objeto o art. 4º da MP 1577-6/97 e reedições até abril de 1998, época em que a cautelar foi julgada. O dispositivo aumentava o prazo para o Poder Público propor ação rescisória, bem como ampliava os limites desse direito, quando a indenização a ser paga pelo Estado fosse “flagrantemente superior ao preço de mercado do bem objeto da ação judicial”. O requerente alega, em síntese, ausência de urgência para a edição desta medida provisória e ofensa aos princípios da isonomia e do devido processo legal. A justificativa que se dá para a ausência de urgência é bastante interessante: a crença na necessidade de normatização urgente para a questão pressuporia a crença no erro judiciário, e semelhante crença não é permitida ao Executivo.

O min. Sepúlveda Pertence, relator, começa por reconhecer que, apesar de não ter negado à corte a possibilidade de controle jurisdicional dos requisitos de relevância e urgência, reservou-se esse controle para “hipóteses excepcionalíssimas, (...) – o que explica – (...) *jamais haja o Plenário admitido a relevância das argüições a propósito suscitadas*” (p. 47, grifei).

---

<sup>86</sup> Esse posicionamento, como se sabe, não é partilhado de forma unânime pelos Ministros. Dele se excetam os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. A diferença entre esses dois julgadores é que, enquanto o primeiro muitas vezes vê nos casos em questão a ausência de relevância e urgência e termina como voto vencido (p. ex., nas ADIs-MC 1516 e 1397), o segundo, ainda que defenda um amplo controle dos requisitos da edição de MPs, não chega a reconhecer a falta deles no caso concreto e seu entendimento é acompanhado pelo Plenário (p. ex., ADIs-MC 293 e 2213).

<sup>87</sup> O acórdão proferido nessa ADI é invocado novamente na ADI 2527, julgada em agosto de 2007, em que parece haver uma “disposição” para se reconhecer novamente a ausência de relevância e urgência no caso concreto. Isso é feito efetivamente, entretanto, apenas pelo min. Nelson Jobim, pelo min. Maurício Corrêa e pelo min. Sepúlveda Pertence, que ficam vencidos nesse ponto. O pedido cautelar de declaração de inconstitucionalidade é deferido em parte, apenas quanto a uma expressão de um dos artigos da MP impugnada, e por motivos sem qualquer relação com o possível abuso na edição de MP.

Entretanto, o Ministro entende no caso que “a afirmação da urgência à edição da medida provisória questionada raia pela irrisão” (p. 47). Isso porque se “já se formou a coisa julgada – além de casuística, o que lhe pode custar a irrogação de outros vícios – a medida provisória já não pode alegar urgência, porque terá chegado tarde demais” (p. 48). Em suma, é este o pressuposto do voto do Ministro: um ato normativo que se coloque contra a coisa julgada não pode ser tido como urgente. Esse pressuposto, que provém claramente das alegações do autor da ação expostas na inicial, não é fundamentado no voto do min. Pertence.

Mesmo se forem reconhecidas essas falhas argumentativas do voto, a fundamentação da decisão pelo provimento da liminar não se viu afetada, pois esta se baseia, de maneira contundente, na plausibilidade da tese do requerente de afronta à isonomia e, por conseqüência, ao devido processo legal. Não se pode deixar de questionar, tendo o vista o histórico de decisões do tribunal, se a decisão seria mantida caso a única alegação do requerente fosse a ausência de urgência. E mais, se caso fosse mantida, alcançaria unanimidade no tribunal, como alcançou<sup>88</sup>.

Verifica-se, portanto, que as teses de ausência de relevância e urgência em medidas provisórias têm tido pouca acolhida no STF. Mesmo nos casos em que se reconhece a legitimidade do tribunal para se examinar a existência desses requisitos, não há o reconhecimento de sua ausência. É o que acontece, por exemplo, na ADI-MC 2213 (é possível verificar que esse procedimento, de estabelecer a legitimidade para o exame jurisdicional dos pressupostos de relevância e urgência, para que, no caso concreto, seja reconhecida a existência dos pressupostos, é freqüentemente adotado pelo min. Celso de Mello – por exemplo, na ADC-MC 11, julgada em março de 2007). A partir dessa constatação, pode-se pensar que *o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que o maior controle sobre as medidas provisórias é o político*. O art. 62 abre um amplo espaço para o controle jurisdicional. Ele apresenta, como condição *sine qua non* para a edição de MPs a existência de relevância e urgência. Trata-se de texto constitucional, e, portanto, sujeito à interpretação que lhe dá as cortes. A posição do STF, abstendo-se de estabelecer um conceito para relevância e urgência, pode parecer uma abstenção da própria atividade interpretativa que deve ser feita pelo Tribunal. Mas, na verdade, ao se abster

---

<sup>88</sup> Cabe fazer aqui um pequeno relato dos fatos posteriores a essa ADI-MC 1753. O tribunal manteve a cautelar até que a MP não fosse mais reeditada em termos substancialmente iguais. Em questão de ordem levantada neste processo, foi indeferido o pedido de aditamento para que a suspensão cautelar de eficácia alcançasse reedição que não mais era substancialmente igual à aquela declarada inconstitucional. Posteriormente, na ADI-MC 1910, o tribunal julgou inconstitucional o art. 188 do Código de Processo Civil, que foi alterado por MP da mesma série daquela impugnada pela ADI-MC 1753. Neste julgamento foram repetidos os fundamentos da ADI-MC 1753, sendo que novamente se fazem muito relevantes as questões atinentes à violação da isonomia e do devido processo legal.

de controlar tais requisitos, o tribunal, de fato, os interpreta, e o faz tendo em vista o desenho institucional brasileiro, que dá ao Executivo ampla discricionariedade sobre o entendimento de relevância e urgência, com vistas à concretização de um poder de agenda.

## **6. Entendimentos sobre a interação entre os poderes nas decisões sobre medidas provisórias**

Dentro do universo de pesquisa delimitado, são poucos os acórdãos encontrados que discutem consistentemente o princípio da separação de poderes, sendo geralmente o min. Celso de Mello que busca fazer essa discussão. Não obstante isso, neste tópico procura-se entender, a partir de decisões e de manifestações dos Ministros, qual visão adotada pelo Supremo Tribunal Federal acerca da interação entre os poderes. Não cabe, nos limites deste trabalho, uma exposição teórica acerca do princípio da separação de poderes. O nosso objetivo é tão-somente verificar como o STF tem visto a influência de um poder no outro e, dentro desse contexto, qual o papel o tribunal tem se arrogado.

Para entender o min. Celso de Mello, pode-se começar com a apreciação desta sua seguinte frase: “[a] emanção desses atos [medidas provisórias], pelo Presidente da República, configura, em função da natureza mesma de que se revestem, *momentânea derrogação ao princípio constitucional da separação dos poderes*” (p. 19, ADI-MC 293, grifei). Só por essa manifestação, já se pode perceber que o Ministro trabalha com uma separação dos poderes que transcende a Constituição Federal. Por óbvio, não se pode aceitar que a separação de poderes é aquela positivada na Constituição, entendendo-se, ao mesmo tempo, que as prerrogativas legislativas do Presidente da República são exceções a esse princípio. Essa visão já tinha sido delineada pelo min. Celso de Mello, na ADI-MC-QO 272, de maio de 1990, um pouco anterior à aqui analisada, e voltou a ser exposta na ADI-MC 2213, julgada em abril de 2002, e na ADC-MC 11, julgada em março de 2007. Isso mostra que o Ministro manteve um mesmo posicionamento durante a sua atuação no STF, não tendo enxergado qualquer mudança institucional, ao longo dos anos, que pudesse fazê-lo revisar suas concepções.

Não há a mesma persistência e solidez nas manifestações de outros Ministros. Mas é certo que o entendimento do min. Celso de Mello acerca da interação entre os poderes e, principalmente, acerca do papel do STF nesta interação, não é repercutido pelo tribunal. Pode-se perceber claramente na ADI-MC 1516, julgada em março de 1997, em um debate entre os

Ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Maurício Corrêa, uma visão do Executivo como o poder forte do século XX, bem como a rejeição da doutrina clássica de separação dos poderes<sup>89</sup>. Neste sentido, a afirmação notável do min. Sepúlveda Pertence: “[a] separação clássica de Poderes foi uma forma instrumental do estado liberal burguês de impedir legislação que coartasse a liberdade econômica” (p. 68). Logo depois, assim se pronuncia o min. Carlos Velloso: “o século XX é e tem sido o século do Poder Executivo, porque é esse Poder que torna efetiva a intervenção estatal para o fim de fazer felizes as pessoas, principalmente aquelas menos dotadas sob o ponto de vista econômico” (p. 68).

Dessa constatação segue-se a legitimidade, pelo menos *a priori*, da atividade legislativa do Executivo. Por isso, o reconhecimento externado pelo min. Mauricio Corrêa: “ruim com medida provisória, pior sem ela. *O Estado moderno, Estado atual, sem um procedimento imediato, não pode tocar a administração, não pode resolver seus problemas. Fui do Congresso Nacional; infelizmente emperra-se a máquina, não se vota, às vezes, os projetos da maior importância.*<sup>90</sup> (...) *Acho que não devemos entrar nesse terreno*” (p. 67, grifei).

Tal constatação é consensualmente aceita pelos debatedores. Não é difícil verificar, a partir da análise desse julgado, o posicionamento que o STF assume no sentido de atribuir a maior responsabilidade no controle da atividade legislativa do Executivo ao próprio Congresso Nacional. Reconhece-se o jogo político entre o Executivo e o Legislativo, que envolve custos políticos da implantação de determinadas políticas, e a impertinência do envolvimento do Supremo Tribunal Federal neste jogo. Não há, assim, uma função arbitral da corte na resolução de conflitos entre os poderes e não há um estabelecimento de supremacia legislativa do Congresso. Trata-se de olhar a realidade institucional, *à qual não se nega legitimidade*<sup>91</sup>.

Neste contexto, a auto-restrição do tribunal quando da apreciação de medidas provisórias é uma decorrência do reconhecimento de um mecanismo de interação entre Executivo e Legislativo, sobre o qual uma interferência judiciária poderia não normalizar o relacionamento entre esses poderes, mas antes acarretar distúrbios no funcionamento de ambos. Lembre-se da

---

<sup>89</sup> Em contraste, o min. Celso de Mello cita (p.ex., ADI-MC 2213, p. 319) em seus votos James Madison e John Locke, grandes expoentes dessa doutrina clássica.

<sup>90</sup> Essa constatação já havia sido feita pelo min. Corrêa na ADI-MC 1204, de fevereiro de 1995 (p. 79).

<sup>91</sup> Coaduna-se perfeitamente com esse entendimento a seguinte manifestação do min. Pertence, feita quando do julgamento da ADI-MC 425, julgada em setembro de 2002: “temos tido a oportunidade de enfatizar que a separação dos Poderes – princípio fundamental, cláusula pétrea, princípio sensível – não é um modelo, a priori, que se extraia de conceitos universais, nem mesmo da leitura de Montesquieu. É, sim, um modelo positivo de regime de Poderes como consagrado pela Constituição Federal” (p. 46). Da mesma maneira, na ADI 2391, de agosto de 2006, o entendimento majoritário no tribunal sobre a separação de poderes (dissente apenas o min. Carlos Britto) é a visão desta como um modelo positivado na Constituição.

ADI-MC 2984, julgada em setembro de 2003, cujo objeto era uma MP revogatória, que tinha sido editada para, revogando uma MP anterior, desobstruir a pauta do Congresso. Como se sabe, nesse caso, a liminar foi negada. Apesar de serem poucos os acórdãos aqui mencionados<sup>92</sup>, pode-se entender que, assim como a posição do min. Celso de Mello acerca da interação entre os poderes é reflexão decorrente dos conjuntos de seus posicionamentos acerca das medidas provisórias, também a posição do tribunal decorre daquilo que este vem decidindo acerca das MPs. Se se opta por não controlar os requisitos de relevância e urgência, a menos que a falta destes se afigure objetiva, se não se limita as reedições de medidas provisórias nem o poder de disposição do Presidente sobre elas, o que se diz é que o Executivo, tanto quanto o Congresso, legisla e o faz *ordinariamente*, sem que nisso haja ilegitimidade patente, e que em tal atividade estão envolvidas considerações políticas que não permitem muitas vezes interferências judiciais.

## 7. Conclusão

O Supremo Tribunal Federal não é alheio à realidade institucional do Brasil. Pode-se pensar que, no início da década de 90, o tribunal não possuía consciência do seu papel na construção da medida provisória como instrumento de governo no presidencialismo de coalizão, até mesmo porque não estava ainda totalmente clara a importância que este instrumento veio a ter. Talvez aí não se colocasse ainda para os Ministros a possibilidade de virem a ter que analisar inúmeras ADIs cujo objeto seriam MPs.

Não é possível, entretanto, dizer que o tribunal não tenha um conhecimento do modelo institucional brasileiro, principalmente com a consolidação da Constituição de 1988 ao longo da década de 90. A medida provisória passou a ser vista como um instrumento regular de legislação – tal visão esteve subjacente às decisões que conferiram legitimidade à reedição de MPs e que garantiram ao Presidente um amplo poder de disponibilidade sobre as MPs editadas, aumentando

---

<sup>92</sup> Ressalte-se, entretanto, que os acórdãos expostos neste tópico foram, dentro do universo de pesquisa, aqueles em que se consegue vislumbrar *algum entendimento* do STF sobre a interação entre os poderes e sua interferência nessa interação. Vale citar ainda a ADI-MC 2010, cujo objeto era a lei 9783/99. A inicial alega violação ao art. 67, pois a lei, substancialmente igual à MP 1720-1/98, teria sido proposta na mesma sessão legislativa em que tal medida foi rejeitada. É interessante que neste acórdão, o min. Celso de Mello, relator, não reconhece essa inconstitucionalidade formal da lei, pois estabelece que a cláusula do 67 deve merecer interpretação restritiva, sob *risco de paralisação da atividade parlamentar e impedimento de utilização da lei como objeto democrático* (p. 105). Assim, o Ministro entende que o art. 67 refere-se de maneira estrita a projetos de lei rejeitados, não dispondo sobre MPs rejeitadas. Por isso, a rejeição de uma MP não impede a propositura de um novo projeto de lei, ainda que o contrário não seja verdade. Note-se que o min. Celso de Mello busca resguardar as prerrogativas legislativas do Congresso com tal entendimento.

seu poder de agenda. A posição do tribunal poderia até ter mudado quanto às reedições, mas isso não se deu antes que viesse a EC 32 e as proibisse de maneira clara.

Foram vistas também situações em que o STF decidiu não ser o principal intérprete do texto constitucional. Isso ocorreu quanto aos requisitos de relevância e urgência e quanto às matérias suscetíveis de serem tratadas por medidas provisórias. Seria uma típica situação de “não-decisão”, se o tribunal não estivesse consciente de que haveria outros poderes prontos a interpretar aquele texto. Trata-se de uma *decisão por se abster*, que implica aumentar a prerrogativa daqueles outros poderes.

Pelo menos no que toca às medidas provisórias, o Supremo Tribunal Federal atua, assim, no diálogo constitucional brasileiro como um agente que garante o funcionamento estável do presidencialismo de coalizão. Estável porque não sobrestado a todo o tempo por declarações de inconstitucionalidade de atos que constituem a principal prerrogativa legislativa do Presidente da República, baseadas exclusivamente em entendimentos (políticos) diversos do majoritário (como o entendimento sobre a urgência de uma medida). É claro que o tribunal não deixou de exercer o controle de constitucionalidade das matérias vinculadas por MPs. Mas nisso não há diferença nenhuma entre a apreciação desses atos e de qualquer outro ato normativo. O que se busca colocar em relevo aqui é o fato de que o tribunal poderia ter atuado reiteradamente como uma instância de veto<sup>93</sup> ao poder legislativo do Executivo, mas isso não aconteceu.

A análise extensiva da argumentação dos Ministros nos mostra que, nos casos sobre medidas provisórias, o STF trabalhou, a todo tempo, com uma “reserva do possível” garantidora da governabilidade. Para tanto, foi usada uma racionalidade pautada pelos fatos, contrária àquela tipicamente jurídica, que é contra-fática. Note-se, entretanto, que a estratégia usada pelo STF para manter esse padrão de comportamento foi engendrada de maneira a não deixar parecer que o tribunal estava, influenciado pelo contexto político, se abstendo de realizar o controle jurisdicional no sentido mais estrito, isto é, adequando a situação factual com o texto da Constituição judicialmente interpretado<sup>94</sup>. Por exemplo, foi demonstrado como, na apreciação dos requisitos de relevância e urgência, o tribunal reserva-se sempre a prerrogativa de controlá-

---

<sup>93</sup> “Veto players são atores coletivos ou individuais cuja concordância é necessária para a mudança do *status quo*. Daí decorre que uma mudança no *status quo* exige uma decisão unânime de todos os veto players” (George Tsebelis, *Veto Players: How political institutions work apud* Sampaio, 2004: 27). Note-se que a mudança do *status quo* é algo que se atinge por meio de legislação e que a atuação do STF no sentido de sobrestar medidas provisórias poderia ser vista como uma ação de veto player.

<sup>94</sup> O que se diz aqui é que o controle jurisdicional realizado pelo Supremo Tribunal Federal no que toca às MPs é mais voltado à garantia do sistema político, declarando estar ele em acordo com a Constituição, e menos preocupado com a interpretação feita pelo próprio Tribunal do texto constitucional, interpretação esta que poderia se impor e se superpor àquele sistema.

los, ainda que somente uma vez tenha verdadeiramente feito isso. Além disso, destaca-se a atuação dos Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, sempre prontos a proferir votos em que se releva o compromisso com a Constituição e com a separação de poderes. Mantém-se, assim, no Supremo Tribunal Federal, a aura de intérprete final da Constituição.

Os motivos para essa cooperação do STF, abdicando da possibilidade de ser uma instância de veto ao poder legislativo do Executivo, podem ser buscados na própria interação entre o este poder e o Legislativo no tocante às medidas provisórias. Como mostra Marco Aurélio Sampaio (2007: 179 e ss.), a atuação do próprio Congresso Nacional conformou os limites, por muitos considerados amplos, do poder presidencial<sup>95</sup>. A ação judiciária que rompesse com essa conformação ingressaria no diálogo constitucional como uma *atitude política combativa*, o que traria para o tribunal o ônus de se justificar não meramente como um órgão político, mas como um órgão que se coloca em embate frontal com os outros poderes. O STF preferiu não se arriscar, atendo-se ao padrão de conduta que mais contribuiu para a estabilidade do sistema político. Trata-se de uma clara intersecção entre política e direito. Como afirma Louis Fisher (1997: 5), “ações dos poderes políticos ajudam, ao longo dos anos, a determinar a direção e o resultado de uma decisão da Suprema Corte”<sup>96</sup>. A hipótese que foi estabelecida confirmou-se, portanto. O Supremo Tribunal Federal, no que toca às medidas provisórias, participou do diálogo constitucional, respondendo às influências da dinâmica política à sua volta.

## 8. Referências bibliográficas

- Abranches, Sérgio Henrique. "Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro". *Dados: Revista de Ciências Sociais*, 31 (1988): 5-34.
- Amaral Júnior, José Levi Mello. *Medida provisória e sua conversão em lei: a emenda constitucional n. 32 e o papel do congresso nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

---

<sup>95</sup> Há uma série de fatos que permitem essa afirmação. O primeiro é o parecer dado pela comissão nomeada no Senado Federal para se pronunciar sobre a constitucionalidade da MP 39, editada pelo então Presidente José Sarney como reedição da MP 29. Era a primeira vez que se confrontava uma reedição. O parecer, aceito pelo Plenário, optou por admitir a reedição, visto que inexistia uma lei complementar que viria a disciplinar o processo legislativo (essa lei, prevista no art. 59 da CF, só veio a ser editada em 1998 e não tratou de medidas provisórias) e era preciso tomar uma decisão rápida. O segundo é a edição da resolução 1/89, que veio a regulamentar a edição de MPs. Esta “silenciava quanto à reedição de medida provisória com perda de eficácia por decurso de prazo, o que acabou por servir à sua própria possibilidade” (Sampaio, 2004: 158), além de não estabelecer parâmetros para os critérios de relevância e urgência. O quadro não se alterou muito (mesmo com a edição de novas resoluções) até que viesse a emenda constitucional 32/01, que, de resto, também não buscou especificar os conceitos de relevância e urgência.

<sup>96</sup>“Actions by the political branches, over the years, help determine the direction and result of a Supreme Court decision” (tradução livre).

- Amorim Neto, Octavio; Tafner, Paulo. "Governos de coalizão e mecanismos de alarme de incêndio no controle legislativo das medidas provisórias". *Dados: Revista de Ciências Sociais*, 45 (2002): 5-38.
- Ávila, Humberto Bergmann. *Medida Provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- Ferreira Filho, Manuel Gonçalves. "As medidas provisórias no sistema constitucional brasileiro, particularmente em matéria de direito econômico". In *Estudos em homenagem ao prof. Caio Tácito*. Direito, Carlos Alberto Menezes (org). Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- Figueiredo, Argelina Cheibub; Limongi, Fernando. *Executivo e legislativo na nova ordem constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.
- \_\_\_\_\_. "O sistema político brasileiro: entre mitos e fatos". Disponível em: <[www.ifb.com.br/arquivos/Limongi.pdf](http://www.ifb.com.br/arquivos/Limongi.pdf)>. Último acesso em 26.11.2006.
- Fisher, Louis. *Constitutional Conflicts between Congress and the President*. 4th. ed. revised. Lawrence: University Press of Kansas, 1997.
- Ranieri, Nina Beatriz Stocco. "Governabilidade e estado democrático direito: o uso e controle de medidas provisórias". In *Democracia, hoje. Um modelo político para o Brasil*. Garcia, Maria (coord.). São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.
- Sampaio, Marco Aurélio. *A medida provisória no presidencialismo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

## 9. Acórdãos citados

- |                 |               |               |
|-----------------|---------------|---------------|
| • ADC-MC 9      | • ADI-MC 525  | • ADI-MC 1675 |
| • ADC-MC 11     | • ADI-MC 1204 | • ADI-MC 1687 |
| • ADI-MC 162    | • ADI-MC 1417 | • ADI-MC 1717 |
| • ADI-MC 221    | • ADI-MC 1441 | • ADI-MC 1726 |
| • ADI-MC-QO 272 | • ADI-MC 1516 | • ADI-MC 1753 |
| • ADI-MC 293    | • ADI-MC 1597 | • ADI-MC 1754 |
| • ADI-MC 295    | • ADI 1647    | • ADI-MC 1910 |
| • ADI 425       | • ADI-MC 1667 | • ADI-MC 2010 |

- ADI-MC 2150
- ADI-MC 2213

- ADI-MC 2227
- ADI 2391

- ADI-MC 2984
- ADI 3289