

L'attivismo giudiziario in Brasile: il ruolo del *Supremo Tribunal Federal*. Intervista a Gilmar Mendes*

FRANCESCO SACCOLITI**

Abstract (EN): *An interview with Gilmar Mendes, justice of the Supreme Federal Court of Brazil and a constitutional law scholar. In the interview, the issue of judicial activism in Brazil is addressed.*

Data della pubblicazione sul sito: 4 giugno 2023

Suggerimento di citazione

F. SACCOLITI, *L'attivismo giudiziario in Brasile: il ruolo del Supremo Tribunal Federal. Intervista a Gilmar Mendes*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2023. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Ministro del Supremo Tribunal Federale del Brasile; professor de Direito Constitucional nell'Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento de Brasília.

** Dottore magistrale in Giurisprudenza nell'Università degli Studi "Roma Tre" e *Master of Laws Candidate* nella Rijksuniversiteit Groningen. Indirizzo mail: francesco.saccoliti98@outlook.com.

Introduzione del *Ministro*

La Costituzione Federale del 1988 è il risultato di un movimento di *ri-democratizzazione* del Paese; tra i suoi pilastri vi è il rafforzamento dei diritti fondamentali, della Magistratura e Supremo Tribunale Federale. In origine, il controllo di costituzionalità delle leggi era chiamato “controllo di profilo americano”: in sostanza, era un controllo incidentale. Nel corso degli anni ‘30 e ‘40 del secolo scorso venne introdotta una sorta di azione diretta di incostituzionalità che, avendo principalmente ad oggetto questioni federative, prevedeva un controllo astratto delle norme. Successivamente, con l’avvento del regime militare del ‘64, si fece un utilizzo molto distorto di tale azione, in quanto il Procuratore Generale della Repubblica, l’unico allora legittimato ad adire il *Supremo* in via diretta, iniziò ad agire un po’ come “il braccio dell’esecutivo”. Durante il processo costituente vi fu una grande opposizione all’idea di limitare l’accesso ai tribunali e al *Supremo*, un’opposizione che portò ad una riforma del sistema giudiziario (ad esempio, si introdussero in prima istanza le cosiddette azioni civili pubbliche per la difesa degli interessi diffusi e collettivi). Con la Costituzione del 1988, il Supremo Tribunale Federale, pur mantenendo i precedenti poteri, acquisì un profilo quasi di ‘corte costituzionale’. Per quanto riguarda nello specifico il cosiddetto controllo astratto, si può dire che fu introdotto come una risposta all’autoritarismo del modello precedente. Fu Kelsen a pensare il controllo astratto come uno strumento di difesa della minoranza, anche di quella parlamentare. Ma Kelsen stesso riconobbe che vi deve necessariamente essere un limite a tale controllo, in modo che non questo non si trasformi in un’azione popolare. La Costituzione Federale del 1988 ha quindi esteso la legittimazione a proporre azione diretta al *Supremo* (controllo in astratto) – azione diretta che fino ad allora ricordiamo esser stata di esclusiva competenza del Procuratore Generale – ai governatori statali, ai Presidenti dell’assemblea legislativa, e perfino ai partiti politici con rappresentanza nel Congresso nazionale. Quindi, si può facilmente affermare che in Brasile l’attivismo giudiziario è strettamente collegato alla quasi totale libertà di adire il *Supremo*: le questioni politiche più diverse finiscono per essere analizzate direttamente dal Tribunale attraverso il controllo astratto di costituzionalità.

Un altro punto sul quale è necessario soffermarsi è il cosiddetto controllo delle omissioni legislative, o della cosiddetta omissione legislativa incostituzionale. Perché questo istituto ha una grande rilevanza nel sistema brasiliano? Perché in Brasile vi era una tradizione, ispirata anche alla dottrina italiana, tra le altre, per cui vi erano norme costituzionali che erano auto-applicabili; in altre parole, tali norme erano dotate di efficacia contenuta, soggette a restrizione da parte del legislatore. Questo finì con il creare, a contrario, una nuova categoria di norme costituzionali: le norme costituzionali ad efficacia limitata, il cui contenuto è

determinato dal legislatore. Si prevedeva che, qualora il legislatore avesse ommesso di determinarne il contenuto, tali norme dovessero continuare ad esistere nel testo costituzionale, ma prive di efficacia. Fu proprio per tali ipotesi che il Costituente del 1988 introdusse l'azione di *omissão inconstitucional*, attivabile attraverso due procedimenti speciali: un controllo astratto, e un ricorso simile al *Verfassungsbeschwerde* (chiamato mandato di ingiunzione). Nel corso degli anni vi è stato un crescente dibattito attorno a questo tema. Inizialmente il *Supremo* si limitava semplicemente a registrare le omissioni e lasciava al Congresso il compito di legiferare. Ma con il passare del tempo, il *Supremo* ha iniziato anche a colmare tali omissioni. Per concludere, si può quindi dire che è la stessa Costituzione a legittimare, in certa misura, un attivismo giudiziario “relativo” o “moderato”. Di conseguenza, quando si usa tale espressione penso che si debba fare questo tipo di riflessione.

D: C'è differenza tra l'attivismo giudiziario e la giurisprudenza creativa del giudice?

R: Ormai le corti costituzionali si trovano sempre più di fronte alla necessità di aggiornare il significato delle norme. E penso che questo sia del tutto naturale: non ritengo che questo sia ‘attivismo’. Ritengo anche che, come ho detto, in qualche modo, è la Costituzione stessa a legittimare quello che io chiamo “*attivismo moderato*”, specialmente nei casi di omissione incostituzionale. Non poche sono le decisioni del *Supremo* che, andando in questa direzione, sono state ritenute “iper-attive” e in violazione del principio di separazione dei poteri. Per esempio, vi fu una dura discussione sul caso *Ellwanger*.¹ Il caso riguardava uno scrittore nel sud del Paese che pubblicava opere contro gli ebrei e che fu processato per razzismo, reato imprescrittibile. In sua difesa egli dichiarò di star praticando una sorta di discriminazione, una ingiuria razziale, ma mai razzismo, anche perché, secondo lui, gli ebrei non erano classificabili come “razza”. Ma il Tribunale stabilì che in quel caso dovevano essere applicate le norme sul razzismo. In un caso più recente, vi fu una richiesta al *Supremo* di applicare le stesse norme anche ai casi di omofobia. Vi furono infatti molti disegni di legge in materia che non vennero mai approvati per via di una grande opposizione da parte dei parlamentari più conservatori. Il Tribunale quindi, vista la situazione, decise di applicare al caso di specie le disposizioni in materia di razzismo. Ecco, questa decisione fu molto controversa a tal punto di essere definita “iper-attivista”.

¹ STF, Habeas Corpus, n° 82.424 - Diário da Justiça, Rio Grande do Sul 19/03/2004, Relator originário Min. Moreira Alves, Relator do acórdão Min. Maurício Correia: disponibile all'indirizzo <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>.

Un altro strumento molto importante è il *recurso extraordinario*, con cui è possibile richiedere al *Supremo* di analizzare le questioni in concreto, esercitando il cosiddetto controllo diffuso. Nel 2004 si fece una riforma con cui si introdusse la possibilità per il *Supremo* di selezionare i casi da giudicare, ovvero la cosiddetta *repercussão geral*. In sostanza si seleziona un caso, si sospendono i casi identici nelle istanze inferiori, il *Supremo* decide, e quella decisione assume un'efficacia generale, vincolante. A questo riguardo, noi costituzionalisti brasiliani diciamo che il controllo astratto è un "processo oggettivo" e che il *recurso extraordinario* con *repercussão geral* risulta anch'esso avere una natura "oggettivata". Pertanto, se analizziamo quanto detto, la vita istituzionale brasiliana risulta essere molto *giudizializzata* (*judicializada*) e la partecipazione del Supremo molto ampia.

D: Che differenza c'è secondo lei tra l'attivismo giudiziario negli Stati Uniti e in Brasile, considerando la contrapposizione *common-law* vs *civil-law*?

R: Ritengo che oggi ci sia un certo scambio, per quanto riguarda queste categorie. Negli Stati Uniti, quello che penso è che ci sia una maggiore tensione politica (si veda ad esempio quello che è successo recentemente con l'*overruling* di *Roe v. Wade* con il caso *Dobbs v. Jackson*). In Brasile, al contrario, abbiamo forse un clima di "animosità". In passato, le persone criticavano puntualmente l'una o l'altra decisione del *Supremo*; quando, ad esempio, il Congresso non era d'accordo, modificava il parametro di controllo, o modificava una legge. Al contrario, il modello americano è un modello costituzionale iper-rigido, difficile da modificare: tutto dipende per la gran parte dalla Corte Suprema. Questa è, forse, la grande differenza.

Ora, c'è da sottolineare che in Brasile si sta andando sempre di più verso un modello di corte costituzionale di stampo europeo; ritengo infatti che oggi il *Supremo* assomigli un po' ad una corte costituzionale che, in alcuni casi, si serva anche precedenti giudiziari, in linea con il diritto americano: le cosiddette *súmulas vinculantes*. Inizialmente, questo tipo di decisioni non avevano alcun effetto vincolante, e di conseguenza i tribunali non erano obbligati ad osservarle. Ma, con la riforma del 2004, queste decisioni hanno acquisito un'efficacia vincolante sia per l'amministrazione sia per i giudici. Al fine di garantire l'osservanza e l'applicazione di tali decisioni oggi è consentito addirittura presentare un'azione che chiamiamo *reclamação*.

In altre parole, qui in Brasile abbiamo un modello misto connotato da elementi di diritto europeo e diritto nordamericano.

D: Secondo lei vi sono casi in Brasile in cui l'attivismo giudiziario ha avuto un impatto positivo nel quadro costituzionale brasiliano?

R: Nel 2020, com'è noto, il mondo intero si è trovato di fronte a una crisi sanitaria. Una buona parte delle decisioni prese dal Governo in Brasile sono passate attraverso il controllo del *Supremo*. Ad esempio, durante la pandemia il Governo Federale non intendeva adottare misure di isolamento sociale. L'Articolo 196 della Costituzione Federale prevede un sistema sanitario unico, materia di competenza del potere centrale ("La salute è un diritto di tutti e un dovere dello Stato, garantito attraverso politiche sociali ed economiche [...]"). Ciò nonostante, il piano vaccinale attuato in Brasile è stato il risultato di una decisione presa dal *Supremo* che validò la posizione dei governi statali e dei *municípios* per adottare misure a tutela della salute. Ecco, questo penso possa essere un esempio di decisione attivista che ebbe, e sta avendo, risultati estremamente positivi.

D: Secondo lei il caso della “*fidelidade partidária*” ebbe un impatto positivo?

R: Questo punto è molto controverso, ma ho l'impressione che questo caso sia stata una risposta a una situazione che era arrivata a un *dis*-controllo. Inizialmente la Costituzione del 1867 all'articolo 152 prevedeva il vincolo di mandato per i parlamentari eletti nel Congresso Nazionale. Successivamente, con l'Emendamento Costituzionale n. 25 del 1985, l'articolo 152 della Costituzione del 1867 fu abrogato e tale principio fu ufficialmente respinto dall'*Assembleia Nacional Constituinte* del 1988.

Ora, nel caso di specie, agli inizi degli anni 2000 vennero mosse delle accuse ad alcuni parlamentari secondo le quali essi sarebbero stati pagati al fine di cambiare sistematicamente partito. Così, il *Supremo* intervenne sulla questione varie volte tra il 2007² e il 2015³, prendendo una netta decisione, con l'obiettivo di dare una certa stabilità al quadro dei partiti, reintroducendo il vincolo di mandato parlamentare (*fidelidade partidária*), tranne: 1) in caso di mancato rispetto del programma del partito da parte del partito stesso, o 2) in caso di abbandono di un partito al fine di formarne uno nuovo. Cosa è successo nella pratica? Questa decisione è stata molto criticata perché il Tribunale alla fine ha creato una via d'uscita dal sistema stesso, contribuendo alla moltiplicazione di partiti.

² Si veda, *ex multis*, STF, **Mandado de Segurança** MS 26.602, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, 04.10.2007, disponibile all'indirizzo <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms26602EG.pdf>.

³ STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 5081, Rel. Min. Roberto Barroso, 27.5.2015, disponibile all'indirizzo <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=292424&ori=1>.

Un caso che senza dubbio ebbe un impatto positivo è stato il caso delle unioni omosessuali. È una decisione⁴ del 2011 ritenuta molto positiva in quanto non è mai stata approvata una legge in materia da parte del Congresso. La Costituzione stabilisce che il matrimonio è solo tra persone di sesso diverso, tenute insieme da un'unione stabile. Il *Supremo* è intervenuto sulla questione stabilendo che andasse applicata la legge dell'unione stabile anche ai casi di unione omosessuale. Insomma, una decisione molto progressista e responsabile.

D: Se avesse la possibilità di riformare il Supremo Tribunale Federale, in che modo interverrebbe?

R: Questa è una domanda difficile. Vi è un grande dibattito, ad esempio, sul grande numero di decisioni individuali, le cosiddette *decisões monocráticas*. Penso che questo sia un problema che dobbiamo risolvere. Se è vero che tali decisioni sono talvolta inevitabili, credo che siano un punto che indebolisce il Tribunale nel contesto dell'opinione pubblica. Inoltre, naturalmente, dobbiamo continuare a lavorare per ridurre questa massiccia *giudizializzazione (judicialização)*, razionalizzando e cercando di diminuire il numero di processi. Ma tutto questo non è di competenza del *Supremo*, bensì del Congresso Nazionale.

⁴ STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, Rel. Min. Ayres Britto, 05.05.2011, disponibile all'indirizzo <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931&ori=1>.