

ANDRÉ KARAM TRINDADE

Il protagonismo dei giudici in terrae brasilis

ABSTRACT

In this essay, I analyze the recent prominence of judicial activism in Brazil. First, I examine the expansion of judicial power, especially after the advent of the paradigm of constitutional state. Then, considering the growing influence of common law principles on civil law countries, I point out the – democratic – risk resulting from the advances of judicial activism, and I argue against the doctrine that – based on the fallacious argument that the leading role of judges is essential to the realization of fundamental rights – defends it as a positive and even necessary tendency.

In questo articolo analizzo il controverso fenomeno dell'attivismo giudiziario in Brasile. Dopo aver esaminato l'espansione del potere giurisdizionale seguito all'avvento dello Stato costituzionale di diritto, prendo in considerazione la crescente influenza dei principi di *common law* nei paesi di *civil law*. Successivamente passo a evidenziare i rischi che possono derivare dal protagonismo dei giudici, contestando le dottrine che lo legittimano in base all'argomento che esso è essenziale all'affermazione dei diritti fondamentali.

KEYWORDS

judicial activism, Brazilian constitutionalism, balancing of values; constitutional democracy

attivismo giudiziario, costituzionalismo brasiliano, bilanciamento dei valori, democrazia costituzionale

ANDRÉ KARAM TRINDADE*

Il protagonismo dei giudici in terrae brasiliis

Nella sfera degli studi letterari, il termine “protagonista” designa il personaggio principale d’una narrazione o d’un dramma: il soggetto intorno al quale è costruita tutta la trama e dalla cui azione dipendono, direttamente o indirettamente, gli avvenimenti narrati o inscenati. L’espressione “protagonismo giudiziario” trattiene il significato originario del termine: essa indica infatti la figura del giudice quale personaggio che occupa una posizione centrale sulla scena dello Stato costituzionale di diritto¹. Questa posizione deriva dall’espansione del potere giudiziario, connessa alla metamorfosi del costituzionalismo seguita alla Seconda guerra mondiale. Nella cultura giuridica latino-americana, l’attivismo giudiziario ha numerosi apologeti: senza di esso – si argomenta – il diritto non riuscirebbe ad

* Professore di Diritto Costituzionale, Faculdade Meridional (IMED), Passo Fundo (Brasile). E-mail: andre@ihj.org.br.

¹ Tutta la discussione relativa al protagonismo giudiziario tratta in fondo del ruolo che i giudici debbono esercitare nelle attuali democrazie costituzionali. Tale argomento costituisce uno degli assi della ricerca che sto sviluppando nell’ambito di *Diritto & Letteratura*, in cui investigo i diversi modelli di giudice che emergono nella narrazione letteraria. In tal senso, si veda TRINDADE 2010.

accompagnare le costanti trasformazioni che segnano le società post-industriali.

Addentrarsi in un tema così complesso e controverso richiede una certa cautela. L'attivismo giudiziario nasce nel sistema giuridico nordamericano, in cui i precedenti costituiscono la principale fonte del diritto e, quindi, l'attività giurisdizionale comporta la creazione stessa del diritto. Secondo Christopher Wolfe, lo studio della storia del costituzionalismo nordamericano permette di identificare tre periodi distinti – «tradizionale» (1787-1890), «di transizione» (1890-1937), «moderno» (dal 1937 sino ai nostri giorni) –, connessi alle trasformazioni avvenute nel corso dei secoli nella forma degli interventi della Suprema Corte tramite la giurisdizione costituzionale².

Quello che qui importa registrare è l'interferenza del potere giudiziario nelle sfere legislativa e esecutiva nel corso delle epoche individuate da Wolfe. Ciò permette di constatare che l'attivismo giudiziario può assumere le più diverse forme e connotazioni, dando origine a numerose difficoltà teoriche e pratiche relative alla sua definizione concettuale³.

Ad ogni modo, tra le diverse rappresentazione del fenomeno, una delle più analitiche e delle più adeguate a dar conto della realtà costituzionale brasiliana è quella di William Marshall, che enumera sette tipi di attivismo giudiziario: 1) l'attivismo «contromaggioritario», che si manifesta

² WOLFE 1994.

³ Basta consultare i principali dizionari giuridici nordamericani per verificare che non esiste il minimo consenso sul tema: da un lato, il *Merriam-Webster's Dictionary of Law* presenta l'attivismo giudiziale enfatizzando il suo elemento finalistico, che sarebbe l'espansione dei diritti fondamentali; dall'altro, il *Black's Law Dictionary* evidenzia l'elemento della soggettività che determina la comprensione delle norme costituzionali da parte dei magistrati.

quando i tribunali discordano da decisioni prese da organi democraticamente eletti; 2) l'attivismo «non-originalista», che si manifesta quando i tribunali negano l'originalismo nell'interpretazione giudiziaria, non considerando le interpretazioni più letterali del testo legale o l'intenzione degli autori della Costituzione; 3) l'attivismo «dei precedenti», che si manifesta quando i tribunali respingono l'applicazione di precedenti anteriormente stabiliti; 4) l'attivismo «giurisdizionale», che si manifesta quando i tribunali non osservano i limiti delle competenze; 5) l'attivismo «creativo», che si manifesta quando i tribunali creano, materialmente, nuovi diritti e teorie tramite la dottrina costituzionale; 6) l'attivismo «rimediatore», che si manifesta quando i tribunali usano il loro potere per imporre obblighi positivi agli altri poteri; 7) l'attivismo «partigiano», che si manifesta quando i tribunali perseguono, attraverso le loro decisioni, obiettivi propri di una determinata parte sociale⁴.

Sulla base della tipologia proposta da Marshall, si può evidenziare che, in certo modo, tutte le formulazioni presuppongono una disfunzione nell'esercizio dell'attività giurisdizionale. Questo ci permette di concludere che l'attivismo giudiziario consiste nel rifiuto dei tribunali di mantenersi nei limiti giurisdizionali stabiliti per l'esercizio del potere ad essi attribuito dalla Costituzione⁵.

Il dato rilevante per la nostra analisi è che, indipendentemente dalla forma in cui si presenta, l'attivismo giudiziario ha superato ormai le frontiere della *common law*, in

⁴ MARSHALL 2002.

⁵ Nello stesso senso, si veda POGREBINSCHI 2000, in cui l'autore considera attivista il giudice che «a) usi il proprio potere per rivedere e contestare decisioni degli altri poteri dello stato; b) promuova, tramite le sue decisioni, politiche pubbliche; c) non consideri i principi della coerenza e certezza del diritto come limiti alla sua attività».

quanto il costituzionalismo del secondo dopoguerra è caratterizzato dalla positivizzazione di una serie di principi e dall'ampliamento degli spazi di giurisdizione, tanto che molti giuristi sono arrivati a parlare di diritto giudiziario all'interno della *civil law*⁶.

Il caso del tribunale costituzionale tedesco è esemplare. Com'è noto, le profonde cicatrici lasciate dalla Seconda guerra mondiale portarono alla formulazione di nuove proposte giusfilosofiche, orientate a riconoscere il fallimento del diritto che si era verificato con i regimi totalitari, a ripensarne il senso e a riaffermarne l'autonomia. Uno dei riflessi più significativi di tale paradigma, sorto nel campo del diritto dopo la fine della guerra, fu proprio la promulgazione della Legge Fondamentale e, negli anni successivi, la nascita di un orientamento derivante dal ruolo strategico conferito al Tribunale Costituzionale Federale: la giurisprudenza dei valori⁷.

La giurisprudenza dei valori è il movimento che ha avuto impulso dall'attività esercitata dal Tribunale costituzionale, il cui obiettivo era di rompere con il modello giuridico vigente nel periodo nazista e, parallelamente, di legittimare le decisioni prese sulla base della Costituzione promulgata

⁶ Tra gli altri, si veda CITTADINO 2002.

⁷ Sulla giurisprudenza dei valori, si veda CRUZ 2006: «Tras el fin de la Segunda Guerra mundial se ha ido abriendo paso en Europa occidental un modelo de Constitución y de Estado constitucional que concibe a aquella como una norma que, en nombre de ciertos valores, conforma la actividad de todos los sujetos políticamente activos, tanto públicos como privados. La constitución, en este sentido, encarna un proyecto político bien articulado, y, por tanto, no se limita a fijar las reglas del juego, sino que participa directamente en el mismo, condicionando futuras decisiones, mediante la incorporación de un denso contenido normativo, compuesto de valores, principios, derechos fundamentales y directrices a los poderes públicos» (22).

nel 1949⁸. In questo contesto, rompendo con il positivismo legalista, la giurisprudenza dei valori ricorre ad alternative metodologiche capaci di evitare il formalismo che caratterizzava la tradizione giuridica tedesca⁹.

Il risultato è noto a tutti: sebbene il sistema giuridico germanico appartenga alla tradizione del *civil law*, è ricorrente l'idea che l'intensa attività del suo Tribunale Costituzionale Federale possa essere considerata fonte primaria della scienza giuridico-costituzionale¹⁰.

Tuttavia, fin da subito, tale concezione assiologica della Costituzione diventa bersaglio di critiche perentorie da parte di numerosi giuristi – tra cui, Ernst Forsthoff, Ernst Wolfgang Böckenförde e, soprattutto, Jürgen Habermas –, dato che:

«La concepción axiológica de la Constitución, lejos de establecer un dique frente a la situación política anterior a 1945, habría abierto la puerta, en opinión de los más críticos, a un nuevo Estado Total, marcado por el totalitarismo de los

⁸ Si consideri che i tribunali tedeschi, per evitare l'applicazione di leggi prodotte durante il regime nazista, in vari casi presero decisioni *extra legem* o persino *contra legem*.

⁹ Nel fondare le sue decisioni, il Tribunale costituzionale tedesco passò a costruire argomenti fondati su principi assiologici, cercando di stabilire un diritto che superava i limiti della legge. Per questo fu necessario creare meccanismi – come ad esempio, le clausole generali e gli enunciati aperti, oltre a numerosi principi – che permettessero di giustificare le sue decisioni.

¹⁰ In questo senso, d'altro canto, è emblematica la dichiarazione rilasciata da Roman Herzog – all'epoca presidente del Tribunale costituzionale federale (1987-1994) e, dopo, Presidente della Repubblica Federale di Germania (1994-1999) – secondo cui il diritto costituzionale tedesco era costituito dai 146 articoli della *Grundgesetz* e, quarant'anni dopo la sua entrata in vigore, contava circa 16.000 pagine di giurisprudenza costituzionale.

valores constitucionales, lo cual supone la continuidad de la visión estatalista decimonónica. Cuando una Constitución deja de ser sólo un sistema de garantías y pretende configurarse como un sistema de valores, se está fuera del constitucionalismo y se ponen las condiciones para el nacimiento de un nuevo estatalismo que habrá de servir para conformar los individuos y la sociedad según la voluntad discrecional de los poderes públicos, fundamentalmente la del Tribunal Constitucional, intérprete último de la Constitución»¹¹.

Tali critiche non hanno indebolito l'attività svolta dal Tribunale costituzionale tedesco: le sue decisioni – specialmente quelle sui diritti fondamentali – sono divenute oggetto dei più importanti studi giuridici in tutto il mondo. Il consolidamento della giurisprudenza dei valori e la sua esportazione nel resto del mondo, specialmente in America Latina, ha potenziato la discrezionalità giudiziaria, tramite la tecnica della ponderazione, con l'alibi teorico di una maggiore razionalità del discorso giuridico.

In Brasile, l'esperienza nord-americana e quella tedesca hanno finito per produrre effetti diretti, soprattutto a partire dalla Carta del 1988, sfociando nella generazione d'un attivismo giudiziario *sui generis* – spesso sotto le vesti del garantismo¹² –, che viene praticato tanto dal Supremo Tribunal Federal quanto dalle altre istanze del potere giudiziario.

¹¹ CRUZ 2006, 28.

¹² In Brasile, il Gruppo di Ricerca «Attivismo Giudiziario» – formato da ricercatori dell'IBMEC-RJ, della PUC-Rio e della UFU, sotto il coordinamento di José Ribas Vieira – si è dedicato allo studio del rapporto tra attivismo e garantismo. Per i componenti del gruppo, il garantismo – così come concepito da Luigi Ferrajoli – renderebbe possibile l'attivismo giudiziario, permettendo che i giudici assumano

In verità, molto più che un nuovo testo costituzionale o un nuovo fondamento di validità dell'ordinamento giuridico (con tutte le sue implicazioni materiali e formali), la Costituzione del 1988 ha provocato una rottura paradigmatica nella storia del diritto brasiliano – sia per l'opposizione al regime autoritario¹³, sia riguardo agli impegni assunti dal costituente, sia anche di fronte al nuovo rapporto che si stabilisce tra società e Stato¹⁴ – che conferisce al potere giudiziario il ruolo di garante del regime democratico e dei diritti fondamentali.

Trascorsi più di venticinque anni dalla promulgazione della Costituzione, è importante analizzare l'azione del Supremo Tribunal Federal nel corso di questo periodo e, soprattutto, la posizione che sta assumendo – al pari delle altre istanze del potere giudiziario – nell'architettura dello Stato democratico di diritto.

È possibile osservare che in questo ventennio l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale brasiliana ha attraversato tre fasi distinte, rispetto alle quali si impone un bilancio critico: 1) la fase del «riflusso», che caratterizza il periodo successivo alla promulgazione della Costituzione, in cui si evidenzia la difficoltà relativa alla comprensione, soprattutto nell'ambito della dogmatica giuridica, del nuovo paradigma che istituisce lo Stato democratico di diritto, in modo che gran parte delle innovazioni apportate dalla Costi-

una posizione più operativa per l'effettività dei diritti fondamentali. Si veda SILVA et al. 2009. La produzione teorica di questo gruppo di ricerca può essere consultata al seguente indirizzo: <http://www.arcos.org.br/livros/anais-do-i-forum-de-grupos-de-pesquisa-em-direito-constitucional-e-teoria-do-direito>.

¹³ PAIXÃO, BARBOSA 2008.

¹⁴ Riguardo alla transizione politica brasiliana, si veda la critica formulata da CATTONI DE OLIVEIRA 2009.

tuzione restano nascoste, specialmente per quanto riguarda i meccanismi di controllo di costituzionalità e il catalogo dei diritti fondamentali; 2) la fase della «costituzionalizzazione», che alla fine degli anni '90, è caratterizzata dalla “scoperta” della Costituzione e dei suoi principi: i tribunali smettono di esercitare la funzione di meri applicatori delle leggi e, lentamente, assumono il ruolo di interpreti della Costituzione, sfruttando i contributi messi a disposizione dal campo dell'ermeneutica e dell'argomentazione giuridica; 3) la fase «attivista», che, simbolicamente, può considerarsi aperta con la promulgazione dell'Emendamento Costituzionale n. 45, del 2004, e che si caratterizza per un crescente stimolo rivolto all'adozione di posizioni attivistiche, che non si limitano alla giurisdizione del Supremo Tribunal Federal, ma raggiungono tutte le istanze giudiziarie.

È proprio in questa terza fase – caratterizzata dallo sviluppo di un «attivismo giudiziale alla brasiliana»¹⁵ – che ci troviamo attualmente. Tale fenomeno non è stato ancora indagato adeguatamente¹⁶ e l'espressione “attivismo giudiziale” continua ad essere impiegata nelle forme più diverse. Da questa situazione trae alimento l'ideologia che rappresenta l'attivismo come strumento imprescindibile per l'implementazione dei diritti fondamentali. Tant'è che, per Luis Roberto Barroso, «l'idea di attivismo giudiziale è associata ad una partecipazione più ampia e intensa del Giudiziario nella concretizzazione dei valori e dei fini costituzionali, con maggiore interferenza nello spazio d'attuazione degli altri due Poteri»¹⁷. L'attivismo sarebbe dunque relazionato

¹⁵ A tale formula ricorre VERISSIMO 2008.

¹⁶ Si distinguono sul tema VALLE 2009; RAMOS 2010; COUTINHO et al. 2011; LEAL 2011.

¹⁷ BARROSO 2011, 279.

solo all'espansione dell'attività giurisdizionale e non alla creazione del diritto.

A dispetto della lettura ottimista suggerita da Barroso – per cui l'attivismo è una tendenza mondiale, sulla scia del neocostituzionalismo, in presenza della fluidità della frontiera tra politica e diritto¹⁸ –, l'attivismo giudiziario diventa un fenomeno molto più complesso e pericoloso, specialmente per le giovani democrazie costituzionali, quando sia inteso come il rifiuto dei tribunali di rimanere entro i limiti giurisdizionali stabiliti per l'esercizio del potere loro attribuito dalla Costituzione. Questo perché, con una ricezione assolutamente fuori contesto delle esperienze nordamericane e tedesca, quello che si verifica in Brasile è lo sviluppo d'un attivismo giudiziario *sui generis* – promosso dall'influenza del neocostituzionalismo e delle teorie dell'argomentazione –, che non tiene in considerazione le specificità che compongono la realtà brasiliana.

A titolo illustrativo, consideriamo alcune di queste specificità: a) la promulgazione di una costituzione democratica, segnata da un ampio catalogo di diritti fondamentali, oltre che dalla presenza di una pluralità d'interessi politici, sociali, economici e culturali; b) la previsione di un sistema misto di controllo di costituzionalità delle leggi; c) l'esistenza di un numero complessivo di circa 14.000 magistrati in

¹⁸ Si noti che, sebbene riconosca espressamente tali obiezioni, Barroso legittima l'attivismo giudiziario, ritenendo che esso, fino ad ora, «è stato parte della soluzione e non del problema. Ma esso è un antibiotico potente il cui uso deve essere eventuale e controllato. In dose eccessiva, c'è il rischio di morire per la cura. L'espansione del Giudiziario non deve deviare l'attenzione dalla reale disfunzione che affligge la democrazia brasiliana: la crisi di rappresentatività, legittimità e funzionalità del Potere Legislativo. Abbiamo bisogno di riforma politica. Questa non può essere fatta dai giudici» (BARROSO 2011, 290).

servizio, la cui grande maggioranza ancora ritiene che l'interpretazione sia un atto di volontà. Da questi (e da altri fattori) deriva quell'attivismo giudiziario che vede i giudici protagonisti di interventi indebiti nella sfera amministrativa e nella sfera legislativa¹⁹. La legittimazione di questa tendenza si basa sulla scommessa che i giudici rispettino e attuino i valori costituzionali e che, ricorrendo alla tecnica della ponderazione, fondino le proprie decisioni su un'argomentazione razionale²⁰.

¹⁹ Altro esempio sintomatico è la risposta giudiziaria data al problema del *caos* del sistema penitenziario. Nel 2009, nel giudicare l'appello penale n. 70029175668 – in cui un giovane era stato condannato per furto alla pena di 4 anni e 3 mesi di reclusione da compiersi in regime di semi-libertà –, la Quinta Camera Criminale del Tribunale di Giustizia del Rio Grande do Sul determinò che la pena venisse scontata in regime di prigione domiciliare fino a quando lo Stato non assicurasse i diritti del condannato previsti dalla Legge d'esecuzione penale. In questa decisione, in cui il garantismo è invocato numerose volte, i *desembargadores* giustificarono la loro decisione in base alla caotica situazione penitenziaria dello Stato del Rio Grande do Sul. Si noti che l'inedita decisione emessa dal Tribunale di Giustizia del Rio Grande do Sul ha chiaramente il proposito di fare pressione sul governo per risolvere il problema del sovraffollamento che affligge, da molto tempo, il sistema penitenziario statale.

²⁰ RAMOS 2010, 93, in cui l'autore scrive: «Vista dall'ottica della Teoria dell'argomentazione, la tecnica della ponderazione di principi costituisce un modo di conferire razionalità e fondamento alle decisioni degli organi incaricati di concretizzare la normatività costituzionale che, in altro modo, sarebbero portati al puro soggettivismo decisionista. Intanto, se la ponderazione è vista come un mezzo per rendere possibile la proiezione d'un preteso ordine oggettivo di valori su un determinato sistema giuridico-costituzionale, lentamente si va minando la forza imperativa del testo che si interpreta e si applica, con il risultato che, per dirla con Gaetano

E qui, merita di essere riportata l'incisiva critica ermeneutica formulata da Lenio Streck al livello di decisionismo che abbiamo raggiunto in Brasile:

«l'uso della ponderazione, come un vero principio, deriva da un fenomeno molto peculiare della realtà brasiliana, che chiamo *pan-principialismo*. In linea generale, il pan-principialismo è un sottoprodotto del costituzionalismo contemporaneo che finisce per minare le effettive conquiste che hanno formato l'*humus* che ha reso possibile la consacrazione della Costituzione brasiliana del 1988»²¹.

Si osserva, così, che i principi sono diventati una specie di *maschera della soggettività*, in quanto sono passati ad essere applicati come enunciati performativi che si trovano a disposizione degli interpreti, permettendo che i giudici, alla fine, decidano come vogliono²². Tra i principi più invocati,

Azzariti, non sussiste più “un'interpretazione della Costituzione bensì una Costituzione dell'interprete”».

²¹ STRECK 2011, dove l'autore elenca trenta principi inventati dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Sulla stessa linea, DIMOULIS 2006 utilizza il neologismo “principiologizzazione” per indicare questo «mutamento nella concezione della struttura del materiale normativo», notando che «tutti i problemi d'interpretazione giuridica si risolvono con l'applicazione di principi».

²² A titolo illustrativo conviene ricordare le parole del Min. Humberto Gomes de Barros durante un giudizio del Superior Tribunal de Justiça: «Non mi importa quello che pensano i giuristi accademici. Fino a quando sarò Ministro del Superior Tribunal de Justiça, assumo l'autorità della mia giurisdizione. Il pensiero di quelli che non sono Ministri di questo Tribunale conta come orientamento. Però, non mi sottometto ad essi. Mi interessa conoscere la dottrina di Barbosa Moreira o Athos Carneiro. Decido, però, secondo la mia coscienza. Dobbiamo stabilire la nostra autonomia intellettuale, perché questo

emergono la *proporzionalità* e la *ragionevolezza*, che esercitano la funzione di veri *jolly*, servendo da stampella per ogni argomento giuridico²³.

In tal modo, considerando che all'interno della dogmatica giuridica l'interpretazione continua ad essere intesa come la scelta d'un senso che deriva dalla coscienza del giudicante – a cui è delegato il compito di concretizzare caso per caso i diritti fondamentali sulla base delle proprie convinzioni personali, come denuncia Streck²⁴ –, ciò che si verifica è un alto grado di volontarismo, il cui risultato, alla fine, è una «giustizia-lotteria», caratterizzata dall'imprevedibilità, il che ci rimanda all'immagine del pendolo di Foucault²⁵.

Tribunale sia rispettato. Bisogna consolidare la consapevolezza che i Sigg. Ministri Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidono così perché pensano così. E il STJ decide così perché la maggioranza dei suoi componenti pensa come questi Ministri. Questo è il pensiero del STJ: la dottrina si adatti ad esso. È fondamentale esprimere ciò che siamo. Nessuno ci impartisce lezioni. Non siamo apprendisti di nessuno. Chi fa parte di questo Tribunale, si presuppone che abbia un notevole sapere giuridico [...]. Può non essere vero. Quanto a me, certamente non lo è, ma, per effetti costituzionali, la mia investitura mi obbliga a pensare che sia così» (AgReg em EResp n. 279.889/AL, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Seção, STJ, julgado em 14/08/02).

²³ COUTINHO 2011; STRECK 2011b; ROSA 2011, in cui l'autore evidenzia la «deriva ermeneutica» che contagia i giudici dopo l'avvento della Costituzione del 1988, denunciando l'attuale stato di «anomia ermeneutica» che ammorba il diritto brasiliano.

²⁴ A tal proposito, si veda STRECK 2010; e sulla stessa linea, DWORKIN 2010, dove è duramente criticato l'attivismo giudiziario.

²⁵ Il *Pendolo di Foucault* è uno strumento sperimentale, inventato nel secolo XIX dal fisico francese Jean Bernard Léon Foucault (1819-1868), che serve per dimostrare la rotazione della terra, senza avere bisogno di alcuna osservazione astronomica. La sua prima dimostrazione avvenne nel 1851, quando tale pendolo venne fissato sul

Avviene che posizioni volontaristiche contribuiscono solo all'aumento del decisionismo giudiziario, dato che, in mancanza di una adeguata teoria della decisione, la giurisprudenza costituzionale non presenta alcuna coerenza, il che rende incerto il diritto e mina le basi della democrazia costituzionale²⁶.

In questo scenario, merita di essere evidenziato il protagonismo assunto dal Supremo Tribunal Federal, la cui attività sta ridefinendo i limiti della sua stessa competenza giurisdizionale, in quanto si pronuncia su temi spesso privi di parametri costituzionali, e aumenta la tensione che segna il rapporto tra i poteri²⁷.

Si osserva, inoltre, che l'attivismo giudiziario viene incorporato dalla comunità giuridica – sotto l'impulso della dottrina della *strumentalità del processo*²⁸ – come una

tetto del Pantheon di Parigi. L'originalità del pendolo di Foucault consiste nel fatto che il suo punto d'appoggio gli conferisce la libertà di muoversi in qualsiasi direzione. Così, considerando la relatività della sua rotta d'oscillazione, il pendolo di Foucault costituì un simbolo d'imprevedibilità.

²⁶ In Brasile, tali questioni vengono elaborate dalla cosiddetta *Scuola Unisinos* – sotto l'orientamento di Lenio Luiz Streck –, dove si sta producendo un'eccellente bibliografia sul tema, a partire dagli apporti dell'ermeneutica filosofica: HOMMERDING 2007; TOMAZ DE OLIVEIRA 2008; RAMIRES 2009; TASSINARI et al. 2009; MOTTA 2010; FACCINI NETO 2011.

²⁷ Come noto, negli ultimi anni, il Supremo Tribunale Federale ha assunto un ruolo attivo nella vita istituzionale brasiliana, nel decidere casi di vasta ripercussione politica, economica o sociale, come, per esempio, il problema del nepotismo nei pubblici poteri, il ruolo del Pubblico Ministero nell'investigazione criminale, il controllo delle politiche pubbliche, le unioni omosessuali (etc.).

²⁸ DINAMARCO 2005, in cui l'autore assume una posizione contraria al cosiddetto "liberalismo processuale" tedesco – tipico dello Stato

tendenza naturale positiva e persino necessaria, specialmente in quest'ultima fase del costituzionalismo brasiliano.

Da questo punto di vista, appare preoccupante l'avanzata del cosiddetto *neoprocessualismo*, che partendo dalle premesse neocostituzionaliste, associate all'idea della strumentalità del processo, mira alla ricerca d'una prestazione giurisdizionale più efficiente e celere. Tale posizione – sostenuta, tra gli altri, da Eduardo Cambi – punta chiaramente al protagonismo della figura del giudice, al quale compete di trovare la soluzione più giusta possibile, mediante la valutazione dei casi concreti, nell'ambito degli ampi quadri stabiliti dalla Costituzione²⁹.

Ciò perché, considerando l'importanza conferita al ruolo svolto dai tribunali nell'architettura dello Stato Costituzionale di Diritto, il protagonismo giudiziario potrebbe essere visto positivamente se l'attività esercitata dai giudici non dipendesse da giudizi soggettivi fondati sulla ponderazione di valori, non violasse l'equilibrio del sistema politico e non

liberale di diritto –, segnato dal protagonismo delle parti (*Sache der Parteien*) e dalla posizione di spettatore imposta al giudice. Ciò perché, in un certo modo, la *strumentalità del processo* può essere associata al movimento di *socializzazione processuale*, tramite il quale si cerca di conferire una funzione sociale al processo, come hanno affermato Oskar von Bulow (1868) e Franz Klein (1895). In questo caso, quindi, la prestazione giurisdizionale dipenderebbe meno dalla partecipazione delle parti e più dall'azione del giudice, a cui spetterebbe non solo di presiedere il processo ma anche di agire d'ufficio ogniqualvolta lo giudicasse necessario, di fronte alla prevalenza dell'interesse pubblico. In sintesi: la strumentalità del processo riporta in auge le teorie processualistiche tedesche della fine del secolo XIX, in quanto punta al protagonismo della figura del giudice, che si riveste d'un profilo paternalista e molto spesso autoritario. Una severa critica alla dottrina della strumentalità del processo è avanzata da NUNES 2008 e da LEAL 2008.

²⁹ CAMBI 2009; DINAMARCO 2009; MARINONI 2008.

sfociasse in pratiche arbitrarie che pongono a rischio i pilastri strutturali della democrazia costituzionale: la garanzia dei diritti fondamentali e la preservazione del regime democratico e della sovranità popolare³⁰.

Tuttavia, non è questo che è accaduto, specialmente in *terra brasilis*. La previsione fatta da Cappelletti negli anni '80 si è avverata: il potere giudiziario è diventato un «terzo gigante capace di controllare il legislatore mastodonte e il leviatano amministratore»³¹. Per concretizzare i diritti fondamentali, si è attribuita ai giudici la discrezionalità di invocare il «giusto» contro la «legge». E, così, dopo molti anni di lotta contro il positivismo legalista, siamo incorsi in un altro equivoco: abbiamo sostituito il «giudice bocca della legge» con il «giudice che pondera i principi» e che, pertanto, decide in base alla sua coscienza, sulla base di valutazioni d'ordine soggettivo, passando, così, da un «meccanicismo» nell'applicazione del diritto a un «decisionismo», che viene rafforzato dall'idea che la discrezionalità è qualcosa di naturale per la decisione giudiziaria.

In altri termini, se, all'inizio del secolo XX il realismo nordamericano sosteneva apertamente che il diritto era quello che dicevano i tribunali, in ragione della loro creazione giurisprudenziale, e se, alla metà del secolo XX, la giurisprudenza tedesca dei valori cercava di legittimare le proprie decisioni tramite procedimenti come la ponderazione, ora, all'inizio del secolo XXI, quel che si verifica è una

³⁰ CITTADINO 2002b, 144, dove l'autrice sostiene che è «proprio per questo che in uno Stato Democratico di Diritto, la corte costituzionale deve intendere se stessa come protettrice d'un processo legislativo democratico, ossia, come protettrice d'un processo di creazione democratica del diritto, e non come guardiana d'un supposto ordine sovra-positivo di valori sostanziali».

³¹ Vedi CAPPELLETTI 1993, 47 e 56-61.

scommessa nell'attivismo giudiziario in Brasile, la cui crescita pone in scacco la stessa legittimità democratica della giurisdizione costituzionale nella misura in cui permette che i giudici non interpretino più la Costituzione, ma se ne impadroniscano.

Insomma: l'attivismo giudiziario brasiliano, alle cui basi si trovano gli ideali del neocostituzionalismo, riflette un atteggiamento che, utilizzando l'aumento degli spazi della giurisdizione, mira al rafforzamento della discrezionalità giudiziaria, il cui maggiore e peggiore effetto è l'indebolimento della normatività della Costituzione e, di conseguenza, delle basi dello stesso regime democratico, come ripetutamente, in questi anni, ha segnalato Luigi Ferrajoli³².

³² FERRAJOLI 2010.

Riferimenti bibliografici

- BARROSO L.R. 2011. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, in COUTINHO J., FRAGALE FILHO R., LOBÃO R. (eds.), *Constituição & Ativismo judicial*, Rio de Janeiro, Lumen Juris.
- CAPPELETTI M. 1993. *Juízes legisladores?*, Porto Alegre, Safe.
- CAMBI E. 2009. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, São Paulo, Revista dos Tribunais.
- CATTONI DE OLIVERA M.A. 2009. *Democracia sem espera e processo de constitucionalização*, in ID., MACHADO F. (eds.), *Constituição e processo*, Belo Horizonte, Del Rey, 367-399.
- CITTADINO G. 2002. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*, in VIANNA L.W. (ed.), *A democracia e os três poderes no Brasil*, Belo Horizonte-Rio de Janeiro, UFMG-IUPERJ-FAPARJ.
- CITTADINO G. 2002b. *Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia*, in «Revista da Faculdade de Direito de Campos», II-2, III-3, 2001-2002.
- COUTINHO J., FRAGALE FILHO R., LOBÃO R. (eds.). 2011. *Constituição & Ativismo judicial*, Rio de Janeiro, Lumen Juris.
- CRUZ L.M. 2006. *Estúdios sobre el neoconstitucionalismo*, Mexico, Porrúa.
- DIMOULIS D. 2006. *Positivismo jurídico*, São Paulo, Método.
- DINAMARCO C. R. 2005. *A instrumentalidade do processo*, São Paulo, Malheiros.
- DINAMARCO C. R. 2009. *Nova era do processo civil*, São Paulo, Malheiros.
- DWORKIN R. 2010. *O império do direito*, São Paulo, Martins Fontes.
- FACCINI NETO O. 2011. *Elementos de uma teoria da decisão sudicia*, Porto Alegre, Livraria do Advogado.

- FERRAJOLI L. 2010. *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «Giurisprudenza costituzionale», 55, 3, 2010, 2771-2816.
- HOMMERDING, A.N. 2007. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*, Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- LEAL A.C. 2008. *Instrumentalidade do processo em crise*, Belo Horizonte, Mandamentos.
- LEAL R., LEAL M.H. (eds.). 2011. *Ativismo judicial e déficits democráticos*, Rio de Janeiro, Lumen Juris.
- MARINONI L.G. 2008. *Curso de processo civil. Teoria geral do processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais.
- MARSHALL W.P. 2002. *Conservatism and the Seven Sins of Judicial Activism*, in «University of Colorado Law Review» 73, 2002, 101-140.
- MOTTA F.B. 2010. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*, Florianópolis, Conceito.
- NUNES D.J.C. 2008. *Processo jurisdicional democrático*, Curitiba, Juruá.
- PAIXÃO C., BARBOSA L. 2008. *A memória do direito na ditadura militar: a cláusula de exclusão da apreciação judicial observada como um paradoxo*, in «Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica», 6, 2008, 55-78.
- POGREBINSCHI Th. 2000. *Ativismo Judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo*, in «Direito, Estado e Sociedade», 17, 2000, 121-143.
- RAMIRES M. 2009. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- RAMOS E. 2010. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Saraiva.
- ROSA A.M. 2011. *O juiz veste Prada? O sentido da deriva hermenêutica no pós CR/88*, in COUTINHO et al. 2011, 25-31.

- SILVA A.G. et al. 2009. *Os fundamentos teóricos e práticos do garantismo no Supremo Tribunal Federal*, in «Revista ANPR online» 9, 2009, 1-30.
- STRECK L.L. 2010. *O que é isto – decido conforme minha consciência*, Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- STRECK L.L. 2011. *Verdade e consenso*, São Paulo, Saraiva.
- STRECK L.L. 2011b. *O panprincipiologismo e a refundação positivista*, in COUTINHO et al. 2011, 221-242.
- TASSINARI C. et al. 2009. *Estudos sobre (neo)constitucionalismo*, São Leopoldo, Oikos.
- TOMAZ DE OLIVEIRA R. 2008. *Decisão judicial e o conceito de princípio*, Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- TRINDADE A.K. 2010. *A teoria do direito após Auschwitz: note dal O leitor de B. Schlink*, in TRINDADE A.K., GUBERT R.M., COPETTI NETO A. (eds.), *Direito & Literatura: discurso, imaginário e normatividade*, Porto Alegre, Nuria Fabris, 2010, 27-100.
- VALLE V. (ed.). 2009. *Ativismo jurisdicional e Supremo Tribunal Federal*, Curitiba, Juruá.
- VERISSIMO, M.P. 2008. *La Costituzione del 1988, venti anni dopo: suprema corte e attivismo giudiziario alla brasiliana*, in «Revista Direito GV», 4, 2, 2008, 407-440.
- WOLFE CH. 1994. *The rise of modern judicial review. From constitutional interpretation to judge-made law*, Boston, Littlefield Adams Quality Paperbacks.