

ano 16 - n. 65 | julho/setembro - 2016
Belo Horizonte | p. 1-300 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v16i65
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C - ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEUFELIPE
BACELLAR**

© 2016 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2015, a revista foi classificada no estrato A1 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de intersecção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Il controllo giurisdizionale di costituzionalità delle riforme costituzionali in Brasile: modello attuale e la Proposta di Emendamento n. 33 alla Costituzione*

The Judicial review of Constitutional Reforms in Brazil: current model and the Constitutional Amendment Proposal n. 33

Eneida Desiree Salgado**

Universidade Federal do Paraná (Paraná, Brasil)
desisalg@yahoo.com.br

Carolina Alves das Chagas***

Universidade Federal do Paraná (Paraná, Brasil)
ca.chagas@hotmail.com

Recebido/Received: 27.10.2015 / October 27th, 2015

Aprovado/Approved: 18.12.2015 / December 18th, 2015

Como citar este artigo/*How to cite this article*: SALGADO, Eneida Desiree; CHAGAS, Carolina Alves das. Il controllo giurisdizionale di costituzionalità delle riforme costituzionali in Brasile: modello attuale e la Proposta di Emendamento n. 33 alla Costituzione. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 91-107, jul./set. 2016. DOI: 10.21056/aec.v16i65.265.

- * Tradotto dal spagnolo “*El Control Jurisdiccional de Constitucionalidad de las Reformas Constitucionales en Brasil: Modelo actual y la Propuesta de Enmienda nº 33 a la Constitución*”, per Jane Guedes Sobreira, laureata in Lettere Portoghese-Spagnolo, *Pontificia Universidade Católica do Paraná*, Brasil, e certificata livello B2 del Quadro Comune Europeo di Riferimento – Università per Stranieri di Perugia, Centro d’Esame CELI; e per Renan Guedes Sobreira, laureato in Giurisprudenza, *Universidade Federal do Paraná*, postlaureato in Diritto Parlamentare, *Instituto de Investigações Jurídicas da Universidad Nacional Autónoma de México*, ricercatore del *Núcleo de Investigações Constitucionais* (www.ninc.com.br), certificato livello B2 del Quadro Comune Europeo di Riferimento – Università per Stranieri di Perugia, Centro d’Esame CELI e funzionario pubblico del *Tribunal de Justiça do Estado do Paraná*.
- ** Professoressa di Diritto Costituzionale e di Diritto Elettorale nella Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasile). Dottoressa in Diritto per la Universidade Federal do Paraná. Ricercatrice del *Núcleo de Investigações Constitucionais* (www.ninc.com.br). E-mail: desisalg@yahoo.com.br.
- *** Candidata a *Master in Law* per la Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasile). Laureata in Giurisprudenza per la Universidade Federal do Paraná. Ricercatrice del *Núcleo de Investigações Constitucionais* (www.ninc.com.br). E-mail: ca.chagas@hotmail.com.

Riassunto: I valori legali e politici delle Costituzioni, specialmente nel secolo 20, distaccano questioni sulla possibilità di creazione e modificazione del testo costituzionale e sul ruolo dei rami politici nella sua protezione. In Brasile, il controllo di costituzionalità delle riforme ha messo in discussione questo tema. La riforma della Costituzione in Brasile succede ordinariamente con il processo di emendamento. Questo processo è garantito costituzionalmente per limiti formali, materiali e circostanziali. Conseguentemente la dottrina e la giurisprudenza riconoscono automaticamente la possibilità del controllo di costituzionalità di queste riforme. Un ramo no-democratico può rifiutare la decisione di una ampia maggioranza dei rappresentanti politici che ha approvato l'emendamento. Questa situazione crea controversie sulla legittimità di questo ruolo della Suprema Corte brasiliana. Contro il "super-potere" del ramo giudiziale, la Proposta di Emendamento Costituzionale n. 33 propone alterazione nel processo di controllo di costituzionalità degli emendamenti, stabilendo il dialogo tra il Potere Giudiziale, il Potere Legislativo e la popolazione, e ripensando le frontiere tra costituzionalismo e democrazia.

Parole chiave: Controllo di costituzionalità. Emendamento costituzionale. Suprema Corte Brasiliana. Attivismo giudiziario. Separazione dei poteri.

Abstract: The legal and political values of the Constitutions, especially since the 20th century, highlight questions about the possibilities of its creation and modification and about the role of the political branches in its protection. In Brazil this subject is brought up through the discussion about the judicial review of constitutional amendments. The reform of the Constitution in Brazil occurs ordinarily through an amendment process and the Constitution ensures certain formal, material and circumstantial limits to these amendments. Hence the doctrine and jurisprudence automatically recognize the possibility of judicial review on these reforms. Therefore a non-democratic branch can refute the decision of an ample majority of the political representatives, which approved the amendment, what brings up the controversy about the legitimacy of this role of the Brazilian Supreme Court. Against this "super-power" of the judicial branch, the Constitutional Amendment Proposal n. 33 seeks to alter principally the judicial review process about constitutional amendments, establishing a dialogue between Judiciary, Legislative and the population and rethinking the limits between constitutionalism and democracy.

Keywords: Judicial review. Constitutional amendments. Brazilian Supreme Court. Judicial activism. Separation of powers.

Sommario: **1** Il controllo di costituzionalità e la giurisdizione costituzionale in Brasile – **2** La riforma della Costituzione ed il controllo di costituzionalità degli emendamenti costituzionali – **3** La Proposta di Emendamento n. 33 alla Costituzione e le reazioni allo attivismo giudiziale: Ripensando gli attori del controllo di costituzionalità – Riferimenti

1 Il controllo di costituzionalità e la giurisdizione costituzionale in Brasile

Nel concetto originario dei sistemi di freni e contrappeso, il Potere Giudiziario non era considerato un potere forte. Nella visione degli autori del libro "Il Federalista", questo potere – in comparazione con l'Esecutivo ed il Legislativo – aveva meno capacità di offendere o violare i diritti previsti nella Costituzione. Secondo Hamilton, il Potere Giudiziario non aveva forza né volontà, limitato semplicemente a giudicare, ragione per la quale dovrebbe prendere ogni precauzione possibile per difendersi dagli altri poteri.¹

¹ Hamilton 78. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY John. *O federalista*. Tradución de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 576.

Nello scenario attuale brasiliano non è possibile pensare come i fondatori degli Stati Uniti d'America. Il Potere Giudiziario brasiliano di modo noto, dopo la Costituzione di 1988, presenta un protagonismo nel quadro istituzionale, specialmente per la sua attuazione nel controllo di costituzionalità delle leggi e degli atti normativi, come interprete legittimo – ed alcune volte si proclamando l'unico – della Costituzione.

La primizia della soberania ermeneutica giudiziale sulla Costituzione crea una problematica prossimità del Potere Giudiziario alle questioni politiche. Nella realtà brasiliana, non è difficile trovare “l'interprete massimo e finale della Costituzione” in una posizione attivista,² respingendo decisioni politiche di poteri legittimati democraticamente.

L'attitudine attivista si inclina a “mettere come priorità il ruolo della giurisdizione costituzionale in detrimento del principio democratico nella protezione dei diritti fondamentali garantiti nella Costituzione”; cioè, l'organo di vertice del Potere Giudiziario passa ad essere considerato l'istituzione più idonea per proteggere i valori della società.³

Anche se questo possa rappresentare qualcosa di negativo, a causa della intromissione dei tribunali nei poteri rappresentativi, l'attivismo giudiziale è visto, per alcuni, come qualcosa di essenziale, ad essere conservato nello Stato di Diritto esattamente per proteggere i diritti fondamentali – specialmente quelli delle minoranze – per misure più interventzionisti.⁴

Nella origine, negli Stati Uniti, l'attivismo giudiziale si è rivestito di una connotazione positiva e progressista, la quale ha permesso progressi nella concretizzazione dei diritti fondamentali, incluso quelli di carattere sociale, attraverso le decisioni con imbasamento sostanziale nei principi.⁵ Così, la pratica ha passato ad essere ogni volta più nociva quando nelle decisioni giudiziale si ha adottato un modello di razionalità eminentemente politico,⁶ senza compromesso con i precedenti giudiziale in decisioni con fundamenti debolli e, cosa molto frequente nel diritto brasiliano attuale, l'attuazione legislativa del Potere Giudiziario.⁷

² Secondo la visione di Cass Sunstein, l'attivismo sta relazionato alla frequenza con la quale il Potere Giudiziario respinge le decisione politiche dei Poteri Esecutivo e Legislativo. L'autore sottolinea che il comportamento giudiziale può accelerare il processo democratico, allotando le decisione delle mani degli elettori (SUNSTEIN, Cass R. *Radicals in Robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005, p. 42/43).

³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 89.

⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional*, p. 101.

⁵ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade juridical e decisão política. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 37-57, jan./jun. 2012, p. 46.

⁶ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial, p. 46.

⁷ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial, p. 51.

L'attivismo giudiziale è presente nel processo di controllo di costituzionalità,⁸ nel quale sorge il riconoscimento della supremazia della Costituzione e della sua forza vincolante rispetto ai Poteri Pubblici,⁹ come un modo di difesa del suo testo:¹⁰ “La Costituzione, come norma fondamentale del sistema giuridico, regola il modo di produzione di leggi ed altri atti normativi imponendo parametri al suo contenuto”.¹¹

Nel controllo di costituzionalità riposa la “prevalenza dei valori permanenti della Costituzione sulla volontà circostanziale delle maggioranze legislative”. Tale comprensione pertanto connota la competenza dei magistrati come difensori finali del testo costituzionale,¹² sfidando la democrazia.

Per John Hart Ely le decisioni politiche più importanti dovevano essere presi esclusivamente per rappresentanti eletti.¹³ Nella sua lettura, non si può pensare che un gruppo di persone non elette (come li sono i magistrati), che non rispondono politicamente per suoi atti, possa limitare la volontà dei rappresentanti per governare. In questo senso, l'autore difende una riduzione del campo del “*judicial review*”.¹⁴

Quando una Corte Costituzionale invalida una legge, molto difficilmente tale decisione riuscirà ad essere cambiata per processo legislativo ordinario,¹⁵ perché il consenso esatto è tantissimo superiore alla maggioranza del Tribunale richiesta per dichiarare la incostituzionalità. Questo rivela il grande peso delle decisioni giudiziale nel processo democratico, lo che dimostra la convenienza di una postura minimalista nel controllo giudiziale di costituzionalità.

In Brasile il contesto è più drammatico, perché se il Potere Legislativo riesce ad approvare un emendamento alla Costituzione per decomporre una dichiarazione di incostituzionalità, lo stesso Supremo Tribunale Federale può, realizzando il controllo di costituzionalità, rifiutare lo emendamento e dare l'ultima parola. Più di questo, un solo ministro può, con una decisione precaria, sospendere indefinitamente gli effetti di uno emendamento.¹⁶

⁸ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40518>

⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma ideia de Constituição. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 111-145, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40251>

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1059.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 32.

¹³ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. Massachusetts: Harvard University Press, 1980, p. 4.

¹⁴ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*, p. 5.

¹⁵ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*, p. 4.

¹⁶ La situazione di quando un ministro agisce solo e interrompe un processo è ogni volta più frequente nelle azione costituzionali in Brasile. Nonostante l'esistenza di norma interna della Corte che ordina che decisione liminari siano confermate nel plenario di forma collettiva, si tende a disobbedire questa previsione. Caso recente è quello dell' Emendamento alla Costituzione n. 73/2013, che crea nuovi Tribunali Federali in Brasile. La sua efficacia è stata sospesa nel 18/07/2013 dalla decisione di un solo ministro, senza manifestazione del

Il controllo giudiziale di costituzionalità in Brasile non succede solamente in modo concentrato dal Supremo Tribunale Federale. Qualsiasi giudice, o tribunale, in un processo di sua competenza, può/deve realizzare il controllo incidentale di costituzionalità delle leggi applicabili al caso in analisi.¹⁷ Il controllo astratto – di una norma giuridica in relazione al ordinamento costituzionale – accade nel Supremo Tribunale Federale (se il parametro è la Costituzione Federale) o nei Tribunali di Giustizia (se il parametro è la Costituzione degli Stati membri della Federazione).¹⁸

Siccome la federazione brasiliana è molto concentrata, il controllo di costituzionalità astratto è realizzato primordialmente nel Supremo Tribunal Federal, costituito da undici ministri, nominati fino alla morte (o fino ai 75 anni) per il Presidente della Repubblica ed approvati per la maggioranza assoluta del Senato Federale.¹⁹ Gli effetti del controllo astratto di costituzionalità sono *erga omnes*,²⁰ e la Costituzione stabilisce gli attori politici e sociali legittimati a proporre le azioni di controllo di costituzionalità: Presidente della Repubblica, Mensa della Camera di Deputati, Mensa del Senato, Governatori degli Stati, Mensa delle Camere Legislative degli Stati, Procuratore-Generale della Repubblica, Ordine degli Avvocati del Brasile, Partiti Politici con rappresentazione nel Congresso Nazionale, confederazioni sindacali o entità di classe nazionale.

Non esiste una azione popolare di controllo di incostituzionalità.²¹ Il cittadino può arguire l'incostituzionalità di una legge o atto normativo solamente in un caso concreto sotto analisi giudiziale. La lettura del proprio Supremo Tribunale – *soi-disant* ultimo interprete della Costituzione – restringe (senza previsione costituzionale) l'attuazione di alcuni attori sociali, esigendogli la comprovazione di "pertinenza tematica" davanti alla questione centrale della legge o del atto normativo.²²

Il controllo giudiziale-repressivo non è l'unico previsto costituzionalmente per verificare la costituzionalità degli atti normativi, nonostante sia il più forte. Esiste anche il controllo politico-preventivo, realizzato dai Poteri Legislativo e Esecutivo, per le Commissioni di Costituzione e Giustizia delle camere parlamentari e per la possibilità di veto al progetto di legge, realizzato per la Presidenza della Repubblica.

Il sistema di garanzia della supremazia costituzionale, delineato per il potere costituente include ogni poteri, non attribuendo esclusività o prominenza al Potere

plenario. Esiste forte attuazione contramaggioranza frente alla riforma della Costituzione. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Notícias STF: ADI questiona criação de Tribunais Regionais Federais*. Disponibile in: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=243670>>. Accesso: 07.10.15.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1132.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 70.

¹⁹ Conforme l'articolo 101 della Costituzione brasiliana.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 71.

²¹ Questa deficienza nel sistema di controllo di costituzionalità brasiliano è stata osservata in: SOBREIRA, Renan Guedes. *Controle de Constitucionalidade e Participação Popular: o futuro da defesa constitucional*. In: BIJOS, Leila Maria de; FREITAS FILHO, Roberto (Orgs.). *Sistema Político*. Brasília: IDP, 2014, p. 139-160.

²² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 194.

Giudiziario, che non conta con agenti legittimati in modo democratico diretto: non sono scelti per elezione popolare e nemmeno sono soggetti, nella maggioranza dei casi, a un controllo democratico.²³ Ogni potere è responsabile per la interpretazione e protezione costituzionale.

Nonostante, la pratica brasiliana rivela una primazia senza rivali del Potere Giudiziario nel controllo di costituzionalità. Il Supremo Tribunale Federale non è semplicemente un legislatore negativo rifiutando quello che è contrario alla Costituzione. Gli undici ministri possono, per maggioranza semplice, respingere una decisione legislativa o esecutiva e, per maggioranza qualificata – due terze parti – essendo 8 ministri – modulare gli effetti delle sue proprie decisioni per motivo di sicurezza giuridica o eccezionale interesse pubblico (secondo il suo proprio criterio).

Così, in funzione del controllo astratto, una decisione che decreta l'incostituzionalità di una legge può dichiararla nulla dalla sua edizione (regola generale in Brasile), dal momento della decisione del Supremo Tribunale o da un momento futuro scelto per i ministri, permettendosi la vigenza e la applicabilità di una legge dichiarata incostituzionale. Il Supremo Tribunale Federale può, anche, decidere per l'incostituzionalità di una legge e sostituire la decisione del legislatore per un'altra che gli sembra più conveniente ed opportuna, senza che la Costituzione lo permetta. Finalmente, pure senza previsione costituzionale espressa, la Corte può respingere un emendamento alla Costituzione.

L'attuazione del Potere Giudiziario brasiliano nel controllo di costituzionalità estrapola i contorni costituzionali, esacerbando suoi poteri ed affrontando il sistema di freni i contrappesi.²⁴ Il Potere Giudiziario è oggi tanto più un attore politico determinante che un arbitro allontanato dalla politica. Sicuro che la sua attuazione molte volte garantisce diritti fondamentali delle minoranze ostaggi delle omissioni legislative o amministrative ed è in questi casi che sua intervento forte è legittimata e necessaria. Non si può dire lo stesso del suo disimpegno nella definizione delle regole elettorale e nella determinazione delle competenze degli organi pubblici.

Da questa preoccupazione con l'esercizio abusivo del controllo di costituzionalità della parte del Potere Giudiziale, è sorta la Proposta di Emendamento Costituzionale (PEC) n. 33, che ha come oggetto principale offrire risposte allo stremo uso della via giudiziaria ed allo smisurato attivismo giudiziale.²⁵ Sua essenza è la discussione della reale funzione del Potere Giudiziario nel controllo di costituzionalità nelle modificazioni della Costituzione, questionando se compete effettivamente al Potere Giudiziario la responsabilità di risolvere definitivamente tutte le questioni politici-costituzionali.

²³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 76.

²⁴ Sul tema si veda: CORVALÁN, Juan G. Los ejes centrales de la división de poderes en el Estado Constitucional de Derecho. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 225-256, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43661>.

²⁵ Questi sono gli oggetti presenti nella "Giustificazione" della proposta.

2 La riforma della Costituzione ed il controllo di costituzionalità degli emendamenti costituzionali

Per capire di modo adeguato la Proposta di Emendamento alla Costituzione Federale n. 33 e le sue idee per la giurisdizione costituzionale brasiliana, è necessario esplicitare, inizialmente, come la Costituzione può soffrire riforme. La Costituzione brasiliana è considerata una Costituzione rigida, perchè il suo processo di modificazione è più complesso che il processo legislativo ordinario, con esigenza di un consenso più elevato tra i parlamentari. Nonostante l'organizzazione federativa dello Stato, le modificazioni della Costituzione Federale non necessitano essere approvate per i parlamentari degli Stati Membri. Nemmeno è prevista la partecipazione popolare nella proposizione e discussione degli emendamenti; la Costituzione Politica di Colombia del 1991 è un caso diverso, nel quale il processo di riforma può essere realizzato per il Congresso, per una Assemblea costituente, ed anche per il popolo mediante referendum (articolo 374). Certi temi – diritti fondamentali e procedimenti di partecipazione popolare – hanno referendum automatico (articolo 377).

In Brasile possono proporre emendamento alla Costituzione: una terza parte dei membri della Camera di Deputati o del Senato Federale, il Presidente della Repubblica e più della metà dei parlamenti degli Stati Membri (per decisione della maggioranza relativa dei suoi membri). Non esiste l'iniziativa popolare di proposta di emendamento - come è prevista nella Costituzione colombiana (articoli 155 e 375)

Formalmente, per un emendamento essere approvato è necessario il consenso minimo di tre delle cinque parti di ognuna Camera del Congresso Nazionale, dovendo ogni una fare due votazione. La proposta di emendamento non passa per l'analisi della Presidenza della Repubblica, per veto o sanzione. La Costituzione non potrà essere modificata in situazioni di instabilità politica (in momenti di intervento federale o quando sia dichiarato il sistema costituzionale di crisi). Il costituente brasiliano ha anche stipulato limiti materiali al cambiamento della Costituzione, stabiliscendo *cláusulas pétreas*, composte per materie che configurano il nucleo costituzionale essenziale, e che “non saranno oggetto di deliberazione gli emendamenti con obiettivo di abolire”: la forma federativa di Stato; il voto diretto, segreto, universale e periodico; la separazione dei Poteri; ed i diritti e le garanzie individuali (art. 60, §4º).

Siccome le materie espressamente previste come intoccabili per il potere di riforma, la dottrina riconosce *cláusulas pétreas* implicite relazionate alla propria identità della Costituzione. Esempio di questi limiti impliciti sono le disposizioni del processo di riforma, l'articolo che prevede i limiti materiali e i principi costituzionali strutturanti.

L'esistenza di *cláusulas pétreas* – sostanziali impedimenti per riforma della Costituzione – può essere considerata una restrizione antidemocratica dalle generazioni passate alle generazioni future.

L'esistenza di norme immutabili nella Costituzione evidenzia la tensione tra costituzionalismo e democrazia di modo intenso. Così, la lettura della dottrina e della giurisprudenza dominanti in Brasile riconosce nelle *cláusulas pétreas* il carattere intrinseco della Costituzione, dove si prende suo spirito, il quale non può essere cambiato senza pericolo di sfigurare il progetto costituzionale.²⁶ Le future generazioni, veramente, non sono totalmente immobilizzate, perchè sempre è possibile azionare il potere costituente per la costruzione di una nuova ordine.²⁷

Quello che si ricerca, e che sembra assolutamente indispensabile, è stabilire una forte distinzione tra la politica costituente e la politica costituita o ordinaria, come sostiene Gargarella. La Costituzione deve essere preservata come un documento stabile, perdurabile, in cui le modificazioni siano eccezionali, sotto un consenso politico consolidato, con procedimenti speciali e senza sostituirsi al legislatore ordinario.²⁸

Con questo fondamento, e nonostante l'assenza di previsione costituzionale espressa su questo argomento, si accetta tanto dottrinarياً come giurisprudenzialmente che i dispositivi costituzionali derivati degli emendamenti alla Costituzione brasiliana, prima della sua incorporazione nel testo costituzionale, siano sottoposti al controllo di costituzionalità.²⁹ E pure senza differenza nel quorún per la decisione del Supremo Tribunale Federale. Non si tratta di qualcosa evidente. Il prodotto del potere di riforma della Costituzione, esattamente per esigire un consenso più elevato, per trattarsi di argomenti intimamente politici e per richiedere un processo distinto, non è sempre passibile di revisione dal Potere Giudiziario. In Francia, per esempio, si dispone che la revisione costituzionale sia di carattere definitivo una volta approvata per referendum.³⁰ Il Tribunale Costituzionale colombiano si restringe al controllo degli emendamenti esclusivamente analizzando i difetti di procedimenti.³¹

In Messico è impensabile la discussione sul controllo de costituzionalità delle riforme costituzionali. In Brasile non esiste autorizzazione costituzionale espressa.

²⁶ “È assai difficile indicare, *a priori*, i precetti fondamentali della Costituzione passibili di lesione grave che giustifichi il processo e il giudizio dell'argumentazione d'inosseranza. Non ci sono dubbi di che certi precetti stiano affermati, esplicitamente, nel testo costituzionale. (...) non si può ignorare che questa qualificazione tocca ai principi protetti per la clausola rigida dell'articolo 60, §4º, della Costituzione (...).” (STF - ADPF 33-MC, voto del Rel. Min. Gilmar Mendes, giudicato nel 29.10.2003, Plenário, DJ del 6.8.2004).

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 138.

²⁸ GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Disponible en: <<http://www.cepal.org/es/publicaciones/6162-el-nuevo-constitucionalismo-latinoamericano-promesas-e-interrogantes>>. Acceso: 13.06.15, p. 14.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1189/1190. “Lo STF ha già fissato entendimento di che è ammessa l'azione diretta d'incostituzionalità dei emendamenti costituzionali, quando si afferma, nella iniziale, che questa è contraria ai principi immutabili o alle cosiddette clausole rigide della Costituzione originaria (art. 60, §4º, da CF). Precedente: ADI 939 (RTJ 151/755).” (STF - ADI 1.946-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, giudicato nel 29.4.1999, Plenário, DJ del 14.9.2001).”

³⁰ Articolo 89 della Costituzione Francese.

³¹ Articolo 241(1) della Costituzione Colombiana.

Così si mette in evidenza l'analisi della legittimità del Potere Giudiziario per realizzare controllo di costituzionalità di una norma con gerarchia costituzionale, davanti al testo originario (o riformato, ma non questionato) della Costituzione. Considerando che la Costituzione determina i requisiti formali, circostanziali e materiali per sua riforma, sembra essere parte della funzione di guardia della Costituzione del Supremo Tribunale Federale la verifica di sua osservanza, prima della incorporazione del cambiamento al testo costituzionale. Si deve sottolineare che il potere di riforma della Costituzione non è libero e incondizionato, è un "potere costituito",³² e come tale deve essere esercitato, perché il legislatore ordinario non usurpe il ruolo del potere costituente.³³ Il potere di riforma "non può essere capace di alterare completamente la organizzazione sociale, cambiando valori ed le opzioni politiche, fatte per il potere costituente".³⁴

Nonostante, la protezione giudiziale degli emendamenti non dovrebbe andare al di là dello esame del rispetto ai requisiti costituzionali, senza fare del Tribunale Costituzionale "un vero comitato del potere costituente", come lo ha difeso García de Enterría, considerandolo come un potere neutro.³⁵ L'esigenza di osservanza del testo costituzionale non è una autorizzazione al Supremo Tribunale Federale che lo permetta prendere le funzioni dei poteri politici, legittimati democraticamente. È necessario ricordare Manuel Aragón, che segnala che il principio democratico impone il riconoscimento della capacità di realizzazione normativa della Costituzione solamente al legislatore, organo rappresentativo del popolo.³⁶

Il punto è l'equilibrio: un sistema che garantisca la protezione della Costituzione senza che il Potere Giudiziario si impadronisca della Costituzione. Il pericolo è nello aumento del carattere politico della giurisdizione costituzionale, con forte intuito partitante o deviazione delle sue pratiche come strumento di disputa per il potere.³⁷

La ricerca di un disegno adeguato molte volte si dà fuori dei testi costituzionali. La costituzione colombiana permette il controllo di costituzionalità delle riforme alla Costituzione quanto agli errori formali. La Corte Costituzionale ha ingrandito le possibilità di controllo dei problemi di competenza, includendolo tra i requisiti procedurali, lo che gli permette indirettamente un controllo materiale di costituzionalità.³⁸

³² Quanto alla possibilità d'uso del termine "potere costituente di riforma", si conferma la critica fatta per Salgado, che afferma che "il potere costituente è iniziale, illimitato ed autonomo", caratteristiche che non sono presenti nel potere di riforma. SALGADO, Eneida Desiree. O Referendo como Fase Legislativa das Emendas Constitucionais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 55-77, jan./mar. 2004, p. 64.

³³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1985, p. 200/201.

³⁴ SALGADO, Eneida Desiree. *O Referendo como Fase Legislativa das Emendas Constitucionais*, p. 65.

³⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 197/198.

³⁶ ARAGÓN, Manuel. La eficacia jurídica del principio democrático. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 8, v. 24, p. 9-45, p. 37/38, sep./dec. 1985.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 83.

³⁸ CAJAS SARRIA, Mario Alberto. *Acerca del control judicial de la reforma constitucional en Colombia*, p. 29/30. Disponible en: <http://www.researchgate.net/publication/28249343_Acerca_del_control_judicial_de_la_reforma_constitucional_en_Colombia>. Acceso: 18.04.15.

Un problema che se intravede è la edizione di uno strumento normativo che contrarie l'interpretazione giudiziale della Costituzione e non la Costituzione in se stessa. Si dice, una riforma che potrebbe appartenere ad una interpretazione possibile della Costituzione, però non nella interpretazione scelta per il Supremo Tribunale Federale. Lo che se dà, pertanto, è un disaccordo non tra la riforma ed il testo originale, però tra il Potere Legislativo ed il Potere Giudiziario,³⁹ sfortunatamente situazione molto usuale nel contesto brasiliano.

In questo senso, si deve domandare sul ruolo del Potere Giudiziario brasiliano nelle riforme costituzionale e, allo stesso tempo, pensare sulla posizione subalterna dei poteri rappresentativi e della soberania popolare davanti la Costituzione e la sua interpretazione. Le decisione politiche, lo dice la Costituzione,⁴⁰ devono venire del popolo, inclusive quando si tratta di definire il testo costituzionale, perchè il potere costituente è frutto della volontà della nazione.⁴¹

In questa prospettiva, non è ragionevole ridurre la partecipazione popolare nella Costituzione esclusivamente al momento della sua nascita, anzichè si deve incrementare i suoi cambiamenti. Ciò è, “la soberania popolare non finisce nel momento inaugurale dello Stato. Continua ad essere criterio di legittimità e validità per le oltre regole giuridiche posteriori alla Costituzione, come espressione dell'idea di autodeterminazione,⁴² lo che reclama la ricerca di cambiamenti istituzionali che garantiscono tali prerogative.

3 La Proposta di Emendamento n. 33 alla Costituzione e le reazioni all'attivismo giudiziale: Ripensando gli attori del controllo di costituzionalità

L'attuazione dismisurata del Potere Giudiziario brasiliano nel controllo di costituzionalità ha provocato la presentazione di alcune misure contrarie alla situazione. Una delle più audace è la Proposta di Emendamento alla Costituzione n. 33/2011. La proposta formula stabilire nuovi disegni per istituti giuridici coinvolti nella relazione tra il Potere Giudiziario ed il Potere Legislativo, presentando, tra altri cambiamenti, l'idea di soggettare al Congresso Nazionale – e, se necessario, al controllo popolare – la decisione giudiziale sulla incostituzionalità degli Emendamenti alla Costituzione.

³⁹ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 196/197.

⁴⁰ Articolo 1º, paragrafo unico, Costituzione Federale: “Il potere emana dal popolo, che lo esercita per rappresentanti eletti o direttamente, nei termini di questa Costituzione”.

⁴¹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado?* Traducción de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986, p. 113.

⁴² SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia: título por título em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro.* Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 43.

Innanzitutto la proposta aumenta il consenso necessario nel Supremo Tribunale per la dichiarazione di incostituzionalità. Senza previsione espressa di controllo di costituzionalità sulle riforme, tanto la giurisprudenza come la dottrina non hanno stabilito distinzione tra il quorum per decisione di ripudio delle decisioni legislative: la maggioranza assoluta (sei tra undici ministri) del Tribunale invalida leggi, atti normativi ed anche emendamenti alla Costituzione. La proposta esige il voto di quattro quinte porzioni dei membri del Tribunale per la dichiarazione di incostituzionalità.

Ci sono cambiamenti che mirano esclusivamente il processo di controllo di costituzionalità degli emendamenti alla Costituzione. La proposta formula che le decisioni definitive di merito che dichiarino la incostituzionalità di uno emendamento passino per una deliberazione nel Congresso Nazionale. Il Parlamento potrà ripudiare la decisione del Supremo Tribunale Federale, in sessione unica delle sue due camere, nel periodo di novanta giorni, esigendo il consenso minimo di tre quinte parti dei suoi membri. Non analizzata la decisione giudiziale in novanta giorni o caso no si ottenga il consenso minimo, prevale la dichiarazione di incostituzionalità del Supremo Tribunale Federale, con effetto vincolante ed efficacia *erga omnes*. Così, non sarebbe più possibile la sospensione, fatta per via cautelare, della efficacia dello emendamento.⁴³

In caso di dichiarazione di incostituzionalità materiale dell'emendamento, fatta dal Supremo Tribunale Federale, essendo ripudiata per tre quinte parti del Congresso Nazionale, la questione sarebbe sottomesa a consulta popolare.

La proposta sembra difendere la garanzia del rispetto alle facoltà costituzionale di ognuno dei Poteri, soprattutto perchè il Potere Legislativo, soggetto attivo legittimato per promuovere cambiamenti nel testo costituzionale, delibererà sulla comprensione del Supremo Tribunale, legittimando democraticamente la decisione.

Ancora si osserva che la formulazione della Proposta di Emendamento n. 33 patrocina il rafforzamento della partecipazione democratica, trasformando il popolo in vero interprete della costituzione,⁴⁴ frutto di una società aperta degli interpreti, tale come formula Peter Häberle.⁴⁵ Il cambiamento costituzionale sta, nel caso di

⁴³ Nuova redazione proposta dall'articolo 102 della Costituzione: "§2º-A Le decisões definitive di merito emanate dal Supremo Tribunale Federal nelle azioni direte di incostituzionalità che dichiarino la incostituzionalità materiale degli Emendamenti alla Costituzione Federale producono effetti immediati vincolante ed efficacia *erga omnes*, e saranno inviate alla análise del Parlamento, che, manifestandosi contrariamente alla decisione giudiziale, dovrà sottomettere la controversia a consulta popolare.

§2º-B La manifestazione del Parlamento sulla decisione giudiziale, descritta nel §2º-A dovrà accadere en sezione congiunta, per tre delle cinque parti dei membri, nella data limite di noventa giorni, quando, se non conclusa la votazione, prevalere la decisione del Supremo Tribunale Federale, con effetto vincolante e efficacia *erga omnes*. §2º-C È vietata, in qualsiasi ipotesi, la sospensione della efficacia dello Emendamento alla Costituzione per decisione cautelare del Supremo Tribunale Federale".

⁴⁴ SOARES, Marcos Antônio Striquer. *O plebiscito, o referendo e o exercício do poder*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 124.

⁴⁵ Più informazioni in: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Traduzione di Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

disaccordo tra il Potere Legislativo e il Potere Giudiziario, nelle mani di quello che è la fonte del potere costituente.

Nonostante le forti reazioni contro alla proposta, l'idea non è esattamente innovadora. Il anteproyecto Afonso Arinos – della Comissão di Notabili per la Costituzione di 1988 – prevede nel suo articolo 436, nella parte sulla riforma della Costituzione, la possibilità che il Presidente della Repubblica presentasse una proposta di emendamento costituzionale *a referendum*.⁴⁶ Questa è una tentativa di avvicinare il cittadino, titolare del potere costituente, alla problematica costituzionale, in attenzione al principio della soberania popolare, di modo che i cambiamenti della Costituzione non accadano allontanati del dibattito democratico.⁴⁷

L'espansione della partecipazione popolare formulata dalla Proposta di Emendamento n. 33, quando fissa una nuova previsione per la consulta popolare (poco utilizzata in Brasile), invita alla discussione nella arena democratica ed avvicinata la popolazione alle questioni che avvolgono politiche ed il futuro della Costituzione,⁴⁸ la quale per opzione politica presta eccessiva forza alla rappresentazione e non alla partecipazione nel processo legislativo degli emendamenti.

Il *referendum* come fase legislativa necessaria degli emendamenti sarebbe ancora più adeguato, quando si considera che promuove “una probabile permanenza maggiore del testo costituzionale, (e) la costruzione di una relazione di autorità del popolo con la Costituzione”, perchè solamente per intermedio della sua manifestazione diretta che potrà essere cambiata.⁴⁹

Arend Lijphart difende che il *referendum* come requisito di approvazione degli emendamenti può essere un ricorso antimaggioritario, perchè “rende l'approvazione degli emendamenti più difficili e le costituzioni più rigidi”, e rende possibile che le minoranze non soddisfatte promuovano campagne contra il cambiamento. Se il proprio popolo può convocare la consulta, è possibile accentuare questa caratteristica.⁵⁰

Non si tratta di usurpazione dei poteri al Giudiziario per quanto riguarda il controllo di costituzionalità. Infatti, è il testo costituzionale e suoi cambiamenti, materia naturalmente politica, lo che significa che non si può stare vincolato sola ed esclusivamente alla interpretazione giudiziale. Necessario risaltare che l'inclusione del popolo nella politica costituzionale nazionale può trarre conseguenze positive, nuove idee di costituzionalismo.

⁴⁶ Anteproyecto Afonso Arinos è anteriore alla Assembleia Constituinte del 1987, e, anche se non è stato inviato formalmente ai costituenti, è stato utilizzato nei dibattiti costituzionali.

⁴⁷ SALGADO, Eneida Desiree. *O Referendo como Fase Legislativa das Emendas Constitucionais*, p. 68.

⁴⁸ SOARES, Marcos Antônio Striquer. *O plebiscito, o referendo e o exercício do poder*, p. 62.

⁴⁹ SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia*, p. 252.

⁵⁰ LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Traducción de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p, 260/261.

Purtroppo, dovuto alla rinnovazione di legislatura nelle elezioni di 2014, la Proposta di Emendamento n. 33 alla Costituzione è stata, automaticamente, archiviata e finora non ha prospettiva di ritornare alla agenda del Congresso Nazionale.⁵¹ Il controllo dei cambi costituzionale dalla parte del Potere Giudiziario è molto radicato nella cultura politico-giuridica brasiliana, credente che non esiste altre proposte di cambiamento drammatico del sistema. Così, si usa ampiamente il ricorso al controllo, sia per la società, i partiti e, molte volte, preventivamente per i congressisti, per paralizzare il tramite di una proposta di emendamento con *mandado de segurança*, azione prevista nel sistema brasiliano di caratteristiche simili al *amparo* messicano.⁵²

Attualmente non esistono altre proposte di emendamento su questa tematica; nonostante, ci sono due progetti che cercano cambiare la legge che regola il controllo di costituzionalità (Legge n. 9.868/1999). Il Progetto di Legge n. 1771/2015 formula la trasferimento al Senato Federale dei poteri per modulare temporalmente gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità fatta dal Supremo Tribunale. Il Progetto di Legge n. 1360/2015 propone cambiamenti nel *quorum* minimo di nove ministri per le deliberazioni sul controllo di costituzionalità nel Supremo Tribunale, siccome stabilisce la necessità di consenso di perlomeno otto ministri, per fare la dichiarazione di che uno emendamento costituzionale è incostituzionale, distinguendo il sistema da quello di controllo di costituzionalità delle norme infracostituzionali.

Nelle giustificative di ambedue progetti, si identifica il proposito di proporzionare una maggiore stabilità ed una maggiore legittimità al controllo concentrato di costituzionalità, sia già avvolgendo il Senato Federale nella determinazione degli effetti straordinari della decisione che ripudia una posizione legislativa, o distinguendo il controllo di costituzionalità di leggi ordinarie dal controllo degli emendamenti costituzionali, esigendo maggiore consenso tra i ministri, come occorre nel Parlamento.

I progetti di legge sono alternative – meno ambiziose, prendendole sul serio – alla Proposta di Emendamento n. 33, che delineano una riduzione più drastica dell'eccesso di attivismo giudiziale nel controllo di costituzionalità. Evidente che il fenomeno dell'attivismo è oggetto di critiche e discussione sulla legittimità del Potere Giudiziario per fare il controllo di costituzionalità degli emendamenti: al contrario, uno dei progetti regolarizza il controllo, non previsto nella Costituzione.

È necessario concepire il Potere Giudiziario come uno agente tra gli altri, responsabile per l'interpretazione ed esecuzione dei precetti costituzionali. Senza

⁵¹ Informação de: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei e Outras Proposições* - PEC 33/2011. Disponibile in: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Accesso: 31.05.15. Conforme il Regolamento Interno della Camera dei Deputati, nell' articolo 105, è possibile che una proposta sia disarchiviata da un requerimento dell'autore, o autori, dentro dei primi cento e ottanta giorni dalla prima sezione legislativa ordinaria della legislatura successiva, riprendendo il tramite dallo stato in cui era nel momento dell'archiviazione.

⁵² Come il recente impeto di sospendere il tramite di una proposta di emendamento su riforma politica (PEC 182/07) direttamente nel Supremo Tribunale Federale, per *mandado de segurança*.

negare l'importante ruolo del Supremo Tribunale Federale nella applicazione e difesa della Costituzione, non si può lasciare il questionamento sui limiti di questa attuazione. Il problema continua ad essere l'eccessiva concentrazione della determinazione del senso, dei limiti della Costituzione e dei suoi cambiamenti nel Potere Giudiziario. Questo deve, chiaramente, garantire il rispetto dei requisiti costituzionali per gli emendamenti, però non deve sostituire il processo democratico legislativo nelle risposte ampie che risolvano questioni politiche, come si fa quotidianamente.

Si difende l'attuazione del Potere Giudiziario, però una attuazione minimalista, come la definisce Cass Sunstein. I magistrati non debbono produrre grandi decisioni nei casi costituzionali complessi, normalmente dotati di divergenze quanto ai principi.⁵³ Secondo Sunstein, il minimalismo è desiderato perchè i giudici non sono eletti, lo che gli impone certo *deficit* democratico, nemmeno sono capaci, molte volte, di prevedere le conseguenze politiche delle sue proprie decisioni, e, pertanto, non dovrebbero posizionarsi di modo vasto e generale rispetto a questioni controversi.⁵⁴ Minimalisti dicono unicamente il sufficiente per giustificare le sue decisione. Non decidendo tutte le questioni di maniera definitiva, non provocano grande riduzione nello spazio deliberativo, favorendo nuovi dibattiti ed arricchendo la democrazia.⁵⁵

Il cambiamento nella attuazione degli attori giudiziari deve essere seguito da un cambiamento istituzionale, con trasferimento del potere di decidere sulla Costituzione agli organi rappresentativi ed al popolo. Si sa che l'adozione di determinato disegno istituzionale non è mai neutra,⁵⁶ siccome non è neutro lo schema attuale di interpretazione costituzionale, basato nella sospetta sulla capacità cittadina di auto determinarsi su una visione fortemente negativa, quasi demonizzante, dei poteri politici.

È necessario lottare contra il flusso per raggiungere una vera democratizzazione del sistema, che trascenda la vera espansione dei diritti, come ha fatto negli ultimi anni il costituzionalismo latino-americano, modificando l'organizzazione dei poteri, la "sala macchine della Costituzione" come ha detto Gargarella.⁵⁷

Era in questo senso che la Proposta di Emendamento n. 33 alla Costituzione brasiliana si era presentata, includendo il Potere Legislativo ed i cittadini nel controllo di costituzionalità. La sospensione della sua tramitazione non deve implicare in abbandono della tematica, della necessità di stabilire di modo definitivo il dibattito sul controllo del contenuto della Costituzione.⁵⁸

⁵³ SUNSTEIN, Cass R. *Radicals in Robes*, p. 27/28.

⁵⁴ SUNSTEIN, Cass R. *Radicals in Robes*, p. 35.

⁵⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Not the Last Word, But Dialogue: Deliberative Separation of Powers 2*. Disponibile in: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911835>. Accesso: 06.10.14, p. 8/9.

⁵⁶ GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, p. 35.

⁵⁷ GARGARELLA, Roberto. *El constitucionalismo latinoamericano y la "sala de máquinas" de la Constitución (1980-2010)*. Disponibile in: <<http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/GC%2048%20Roberto%20GARGARELLA.pdf>>. Accesso: 13.06.15.

⁵⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 59-90, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40515>.

La supremazia costituzionale non deve essere confusa con una supremazia giudiziale. I tribunali non devono dichiararsi gli unici interpreti costituzionali nemmeno titolari delle chiavi della Costituzione.⁵⁹ Il Potere Giudiziario deve condursi come servo della società non come il suo maestro.⁶⁰ L'equilibrio tra i poteri, sommato alla possibilità – anche se redotta – di sospendere le decisioni del Supremo Tribunale, potrebbe creare nei giudici un senso di responsabilità più intenso.⁶¹ Esattamente lo che non si vede oggi, con un Supremo Tribunale Federale che si comporta e si definisce come sovrano, senza freni, padrone della Costituzione e onnipotente sulla sua riforma.

Riferimenti

ARAGÓN, Manuel. La eficacia jurídica del principio democrático. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, ano 8, v. 24, p. 9-45, sep./dec. 1985.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF: ADI questiona criação de Tribunais Regionais Federais*. Disponibile in: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=243670>>. Accesso: 07.10.15.

CAJAS SARRIA, Mario Alberto. *Acerca del control judicial de la reforma constitucional en Colombia*, p. 29/30. Disponible in: <http://www.researchgate.net/publication/28249343_Acerca_del_control_judicial_de_la_reforma_constitucional_en_Colombia>. Accesso: 18.04.15.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. DOI: <<http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534>>.

CORVALÁN, Juan G. Los ejes centrales de la división de poderes en el Estado Constitucional de Derecho. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 225-256, jan./abr. 2015. DOI: <<http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43661>>.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. Massachusetts: Harvard University Press, 1980.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1985.

⁵⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534>.

⁶⁰ KRAMER, Larry. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 247.

⁶¹ KRAMER, Larry. *The People Themselves*, p. 254.

GARGARELLA, Roberto. *El constitucionalismo latinoamericano y la “sala de máquinas” de la Constitución (1980-2010)*. Disponible in: <<http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/GC%2048%20Roberto%20GARGARELLA.pdf>>. Acceso: 13.06.15.

GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Disponible en: <<http://www.cepal.org/es/publicaciones/6162-el-nuevo-constitucionalismo-latinoamericano-promesas-e-interrogantes>>. Acceso: 13.06.15.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Traduzione di Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY John. *O federalista*. Traducción de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

KRAMER, Larry. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press, 2004.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdicção constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40518>.

LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Traducción de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

MENDES, Conrado Hübner. *Not the Last Word, But Dialogue: Deliberative Separation of Powers 2*. Disponible in: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911835>. Acceso: 06.10.14.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma ideia de Constituição. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 111-145, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40251>.

SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SALGADO, Eneida Desiree. O Referendo como Fase Legislativa das Emendas Constitucionais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 55-77, jan./mar. 2004, p. 64.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado?* Traducción de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

SOARES, Marcos Antônio Striquer. *O plebiscito, o referendo e o exercício do poder*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

SOBREIRA, Renan Guedes. Controle de Constitucionalidade e Participação Popular: o futuro da defesa constitucional. In: BIJOS, Leila Maria de; FREITAS FILHO, Roberto (Orgs.). *Sistema Político*. Brasília: IDP, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. *Radicals in Robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 37-57, jan./jun. 2012, p. 46.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 59-90, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40515>.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SALGADO, Eneida Desiree; CHAGAS, Carolina Alves das. Il controllo giurisdizionale di costituzionalità delle riforme costituzionali in Brasile: modello attuale e la Proposta di Emendamento n. 33 alla Costituzione. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 91-107, jul./set. 2016. DOI: [10.21056/aec.v16i65.265](https://doi.org/10.21056/aec.v16i65.265).
