

Il “potere dell’agenda” nella giurisdizione costituzionale digitale: il caso brasiliano^(*)

Ilton Norberto ROBL FILHO*

Sommario: 1. Introduzione 2. Dilemmi e questioni iniziali di diritto nell’era digitale 3. Il “potere dell’agenda” 4. Alcune questioni del potere dell’agenda nella giurisdizione costituzionale digitale 5. Conclusioni

1. Introduzione

Il costituzionalismo digitale promuove una serie di discussioni e analisi sui poteri giuridici, sociali e politici. Nel paragrafo 1 i dilemmi e le questioni iniziali del Diritto nell’era digitale sono oggetto di riflessione, segnalando la costruzione della regolazione giuridica in un mondo trasformato dalla tecnologia. La questione del potere dell’agenda e del controllo giudiziale di costituzionalità sono affrontati nel § 2. D’altro lato, la questione del potere dell’agenda cambia con il processo telematico, con i *social networks* e con le udienze virtuali: questi temi, discussi specialmente dal Tribunale Supremo Federale del Brasile (STF), sono affrontati nel paragrafo 3. Il paragrafo 4 traccia alcune considerazioni finali.

2. Dilemmi e questioni iniziali di diritto nell’era digitale

L’utilizzazione di Internet ha alterato intensamente le modalità di interazione umana¹. La storia del World Wide Web evidenzia che il suo sviluppo è stato specialmente finanziato dal governo e dell’esercito nordamericano, la cui gestione ed evoluzione è stata successivamente assegnata ad università ed enti privati². Nonostante l’origine statale e militare, la rete è stata vista ingenuamente come uno spazio denazionalizzato e destatalizzato.

In questo contesto, negli anni Novanta del secolo passato, si è sviluppata una relazione estremamente liberale della relazione tra il diritto, le nuove tecnologie e la comunicazione via Internet³. Ci sono due ragioni principali a base di questa prospettiva iniziale.

In primo luogo, vi è stata la percezione erronea che la libertà fosse necessaria e fosse esclusivamente relazionata con la mancanza di intervento dello Stato, con la convinzione che il web avrebbe permesso comunicazioni libere e autonome. In questo contesto, lo spazio virtuale sarebbe stato il

^(*) Traduzione dal portoghese di Tommaso Poli.

* Dottore di ricerca in Diritti umani e democrazia, Universidade Federal do Paraná (Brasile).

¹ J. Susskind, *Future politics: living together in a world transformed by tech*, Oxford, 2018, pp. 16-21.

² Sul tema cfr. M. Castells, *A galáxia internet: reflexões sobre internet, negócios e sociedade*, 2^a ed. (trad.), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007, p. 25 ss.

³ G. Gregorio, *Digital constitutionalism in Europe: reframing rights and powers in the algorithmic Society*, Cambridge, 2022, pp. 41-44.

nuovo luogo di incontri non solo personali e privati, ma avrebbe permesso anche la costruzione di una sfera pubblica più robusta e non limitata dalle tradizionali distanze fisiche e territoriali⁴.

La seconda ragione di questa prospettiva risiede nell'importanza dello sviluppo della tecnologia digitale, che potrebbe essere impedito o ostacolato da una disciplina legale inadeguata, producendo così effetti pregiudizievoli per questo settore sociale ed economico. L'avvento di nuovi strumenti tecnologici beneficerebbe persone fisiche, enti privati e governi, motivo per cui non vi è interesse per una disciplina legale, poiché la mancanza di una normativa statale favorirebbe iniziative creative di utilità sociale e di interesse pubblico⁵.

In realtà, le stesse imprese e compagnie tecnologiche, attraverso la disciplina privata, hanno cominciato a stabilire norme per l'utilizzazione dei servizi. Va notato che l'assenza di una normativa statale specifica sulle nuove tecnologie produce connessioni poco trasparenti tra le grandi aziende tecnologiche e i governi nazionali, fornendo un enorme monitoraggio sulle persone e sugli enti privati e sull'uso delle informazioni e dei dati degli utenti senza l'adeguata consapevolezza e il consenso da parte dei loro titolari⁶.

Inoltre, gli utenti dei servizi e della tecnologia digitale hanno cominciato a esigere diritti tanto dalle imprese tecnologiche quanto dai governi. In tal modo, una rete internazionale di persone e organizzazioni, riunite nella "Coalizione dinamica per i diritti e i principi relativi a Internet (*Internet Rights & Principles Dynamic Coalition: IRPC*), con sede presso l'Internet Governance Forum (IGF) delle Nazioni Unite, ha compilato, nel 2011, la "Carta dei Diritti Umani e dei Principi per Internet" (*Charter of Human Rights and Principles for the Internet*), nella introduzione alla quale si legge che la Carta: "si basa su diritti umani esistenti e quindi, in pratica, la maggior parte delle sue norme sono giuridicamente vincolanti solo per gli Stati. Vi è tuttavia un crescente riconoscimento del fatto che anche il settore privato abbia degli obblighi in materia di diritti umani"⁷.

La Carta contiene la definizione di dieci diritti relativi a internet, noti come i "10 Principi di Internet", a cui si aggiungono (per un totale di 20) altri diritti (principi) di rilievo in ambito digitale. Tra questi vi è il "Diritto a un processo equo" (n. 18, b), dove si legge che: "È sempre più frequente che il diritto ad un processo equo e ad un ricorso effettivo siano violati nell'ambiente digitale", per cui "è necessario ribadire che i diritti procedurali devono essere rispettati e protetti in Internet così come lo sono offline".

Sotto l'impulso della Carta, una regolamentazione statale, basata su documenti normativi regionali o nazionali, è stata adottata in diverse parti del mondo. In Brasile, il "quadro civile" (*marco civil*) di disciplina di internet (Legge Federale n. 12.965 de 23 aprile 2014) è intervenuto per stabilire "principi, garanzie, diritti e doveri per l'uso di Internet" e determinare "le linee guida per l'azione dell'Unione, degli Stati, del Distretto Federale e dei Comuni in relazione alla questione" (art. 1). Questa Legge Federale, in particolare, preserva la libertà di espressione e proibisce la censura, prevedendo unicamente la responsabilità civile del *provider* dei servizi di Internet, dovuta ai danni causati dai contenuti generati da terzi se, "dopo uno specifico ordine del tribunale, non adotta misure per rendere

⁴ G.F. Mendes, V.O. Fernandes, *Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro*, in *Revista Brasileira de Direito*, 16-1/2020, p. 10.

⁵ G. Gregorio, *Digital constitutionalism in Europe*, cit., p. 43.

⁶ Su questa questione è stato osservato da M.D. Birnhack, N. Elkin-Koren, *The Invisible Handshake: The Reemergence of the State in the Digital Environment*, in *Va. J.L. & Tech*, 8/2003, p. 2, che: "The State never left the scene. The Internet was initiated by the State, and soon after was privatized. The State minimized its direct involvement in the information environment and increasingly abandoned its role in running the Internet. Instead, it focused on its regulatory role of shaping the rules that govern Internet-related activities, and refrained from actually operating the Internet. In the State's absence, the field was left to the invisible hand. Market powers, assisted by the law, facilitated the rise of new players, such as Internet Service Providers (ISPs), search engines, content producers, application designers, and other Online Service Providers (OSPs), who gained power and control in the information environment. In the 2000s, we witness the Comeback of the State: the State takes over these ready-made, often quite centralized, private nodes of power. These nodes of power and control are now being recruited, or co-opted, to serve the State and in fact, many powerful private entities are volunteering to join the State's efforts".

⁷ Il testo della Carta è consultabile varie lingue sul sito dell'IRPC (<https://internetrightsandprinciples.org/>).

indisponibile il contenuto indicato come illecito nell'ambito e nei limiti tecnici del proprio servizio ed entro il periodo indicato, fatte salve le disposizioni di legge contrarie” (art. 19, cpv.).

A sua volta, l’Unione europea ha emanato nel 1995 la Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa alla protezione dei dati personali, che stabilisce che “ogni Stato membro applicherà al trattamento dei dati personali le disposizioni nazionali che ha adottato in virtù della presente Direttiva”, ai sensi del paragrafo 1 dell’articolo 4. L’Unione europea, in modo avanguardista e innovativo, ha evidenziato in questa Direttiva che “i sistemi di trattamento dei dati sono al servizio dell’uomo; devono rispettare le libertà e i diritti fondamentali delle persone, indipendentemente dalla loro nazionalità o residenza, in particolare la loro vita privata”. Allo stesso modo, l’articolo 22 prescrive che “gli Stati membri stabiliscono che chiunque può agire in giudizio in caso di violazione dei diritti garantiti dalle disposizioni nazionali applicabili al trattamento in questione”.

Questa cornice normativa è rafforzata dalla Direttiva 2016/680, del Parlamento europeo e del Consiglio, sul trattamento dei dati personali ai fini della “prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati”.

Infatti, la filosofia costituzionale (costituzionalismo) digitale presenta forti dilemmi con riferimento ai vecchi e ai nuovi diritti, come il giusto processo, la libertà di espressione e il diritto alla *privacy*, l’accesso alla tecnologia, la protezione dei dati personali, l’oblio e la deindicizzazione⁸. In questo senso, Francisco Balaguer Callejón precisa:

La sociedad digital se ha desarrollado sobre la base de una “codificación” de los derechos, que se integran dentro de ecosistemas creados por las compañías tecnológicas en los que los datos ocupan un lugar fundamental. Para estas compañías, el proceso de extracción de datos carece de cualquier limitación constitucional, ya sea el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad de domicilio, el derecho a la intimidad, o cualquier otro de los que siguen siendo todavía (pese a su manifiesta vulneración en el ámbito digital) derechos fundamentales vigentes en nuestros sistemas constitucionales⁹.

È innegabile che la giurisdizione costituzionale, a livello nazionale e regionale, ha cominciato a sviluppare la sua funzione di difesa dei diritti fondamentali e umani nell’era digitale. Tuttavia, la tecnologia digitale ha cambiato anche il controllo giudiziale di costituzionalità con l’influenza dei *social network*, il processo telematico e le udienze dei processi virtuali, focalizzandosi questo testo sulla questione del potere dell’agenda (assunzione di decisioni collettive).

3. Il “potere dell’agenda”

Internet, l’intelligenza artificiale, le applicazioni di comunicazione e i *social networks* hanno cambiato i processi di assunzione di decisioni collettive e istituzionali, incidendo sulla giurisdizione costituzionale e

⁸ Sul costituzionalismo digitale cfr. L. Gill, D. Redeker, U. Gasser, *Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an internet Bill of Rights*, Berkman Klein Center for Internet & Society Research Publication, 2015; E. Celeste, *Digital constitutionalism: a new systematic theorization*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 33(1)/2019; G. Teubner, *Horizontal effects of constitutional rights in the internet: a legal case on the digital constitution*, in *The Italian Law Journal*, 03-01/2017. Come ho scritto (I.N. Robl Filho, *Alguns apontamentos sobre o constitucionalismo digital*, in *Consultor Jurídico*, Observatório Constitucional, 2022): “Il mondo cambiato dalla tecnologia digitale non può essere compreso e regolato senza modifiche alla teoria costituzionale. Ad esempio, il populismo digitale è diverso dal populismo analogico, in quanto promuove nuove comunicazioni tra leader e gruppi populistici, nonché la creazione di un concetto molto distorto di popolo, basato su un insieme di profili. D’altra parte, ignorare la teoria costituzionale tradizionale è assolutamente sbagliato. L’esercizio della regola della maggioranza con delle limitazioni, soprattutto per quanto riguarda i diritti fondamentali, è un tema classico del costituzionalismo, che è anche oggetto di discussione nell’ambito della democrazia elettronica”.

⁹ F. Balaguer Callejón, *Los derechos constitucionales en el contexto global y digital. Transformación del sujeto y conversión en objeto*, in W.C. Rothenburg (org.) *Direitos fundamentais, dignidade, constituição: estudos em Homenagem a Ingo Wolfgang Sarlet*, Londrina, 2021.

sullo stesso concetto di Costituzione¹⁰. Per comprendere con maggiore precisione l'assunzione delle decisioni collettive e istituzionali, la dottrina specializzata utilizza il concetto di "potere dell'agenda", analizzando le tappe e i momenti che compongono il processo di assunzione della decisione, nella maniera seguente: "dato un qualsiasi processo decisionale collettivo, che deve essere deciso da una qualche forma di aggregazione di decisioni individuali, chi può, cosa e quando?"¹¹.

La teoria costituzionale si è occupata della complessa natura dell'assunzione delle decisioni in materia costituzionale¹² e del potere dell'agenda, tenendo conto di elementi preminenti quali a) la materia oggetto del dibattito, b) il tempo, c) la moderazione e il dialogo istituzionale e d) la partecipazione popolare, della quale di seguito si accennerà brevemente.

Con riferimento alle questioni che affronta la giurisdizione costituzionale, nelle democrazie costituzionali consolidate e che funzionano correttamente in materia di diritti fondamentali, la magistratura non dovrebbe decidere sul contenuto di questi diritti¹³. D'altro lato, le situazioni del populismo autoritario richiedono che i tribunali proteggano il costituzionalismo e la stessa democrazia.

Il tempo è un elemento centrale nel controllo giudiziale di costituzionalità, assumendo che il provvedimento giurisdizionale avvenga in un termine ragionevole. Inoltre, il processo costituzionale necessita, in determinate circostanze, presupposti di urgenza per sospendere le norme di legge incostituzionali immediatamente e prima della fine del procedimento e del completamento dell'istruttoria processuale¹⁴. La semplice esistenza di un processo che solleva una questione alla giurisdizione costituzionale cambia completamente la dinamica tra i poteri costituiti, essendo particolarmente significativo il momento (temporale) nel quale si produrrà il pronunciamento sulla questione costituzionale.

Le questioni costituzionali sono complesse, dato che riguardano questioni di Stato, governo e amministrazione pubblica, così come i diritti della maggioranza e della minoranza, e riguardano anche le relazioni pubbliche, sociali (come i rapporti di lavoro) e private (come i rapporti familiari). In tale modo, la discussione sulla moderazione¹⁵ evidenzia la necessità di deferenza, a determinate condizioni, con le decisioni protette dalle autorità competenti e dai titolari dei diritti fondamentali nell'esercizio e nella conformazione delle loro posizioni soggettive. Allo stesso modo, la supremazia costituzionale, che consiste nella superiorità gerarchica delle norme costituzionali sulla legislazione infracostituzionale, non significa inesorabilmente che la decisione dei magistrati costituisca sempre l'ultima parola in materia costituzionale¹⁶. Le questioni costituzionali complesse riguardano

¹⁰ F. Balaguer Callejón, *La constitución del algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital*, in A.C.N. Gomes, B. Albergaria, M.R. Canotilho (coord.), *Direito Constitucional: diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J.J. Gomes Canotilho*, Belo Horizonte, 2021.

¹¹ F. Santos, M. Borges, *Poder de agenda*, Brasília, 2018, p. 8.

¹² M.A. Marrafon, *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*, Rio de Janeiro, 2010.

¹³ J. Waldron, *The Core of the Case against Judicial Review*, in *The Yale Law Journal*, 115-6/2006.

¹⁴ In questo senso la Costituzione brasiliana del 1988 stabilisce che: "LXXVIII - a tutti, in ambito giudiziario e amministrativo, è garantita una durata ragionevole dei procedimenti e i mezzi per assicurarne una rapida trattazione". La dottrina (L.G. Marinoni, *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*, 2003, p. 9) sostiene che: "l'intenzione di distribuire il tempo implica considerarlo come un peso, e questa comprensione richiede la previa consapevolezza che non può essere visto come qualcosa di neutro o indifferente per l'attore e il convenuto. Se l'attore ha bisogno di tempo per ricevere il bene della vita che cerca, è logico che il processo – ovviamente nel caso di una sentenza – sarà tanto più efficace quanto più sarà veloce. L'obiettivo fondamentale della tecnica di anticipazione basata sull'abuso del diritto di difesa o sull'incontrovertibilità di una parte della domanda è quello di dare un trattamento razionale al tempo impiegato dal processo, consentendo di prendere decisioni sul merito nel corso del processo, a condizione che sia presente l'abuso del diritto di difesa o l'incontrovertibilità di una parte della domanda. A tal fine, si basa sulla premessa che non è razionale costringere l'attore a sopportare il ritardo del processo quando c'è un abuso del diritto di difesa o quando parte della domanda può essere definita nel corso del processo".

¹⁵ Nell'opera classica di A.M. Bickel, *The least dangerous branch: the Supreme Court at bar of politics*, 2nd ed., New Haven and London, 1986, p. 197: "I have emphasized in this chapter the area of choice that is open to the Court in deciding whether, when and how much to adjudicate".

¹⁶ M.G. Godoy, *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*, 1^a Reimpressão, Belo Horizonte, 2017.

l’interazione con altri poteri costituiti inclusa la società civile, tanto per l’assunzione quanto per l’esecuzione della decisione.

La partecipazione popolare e della società civile è un elemento centrale nelle democrazie, e dovrebbe essere incorporata per quanto possibile nella giurisdizione costituzionale. Le udienze pubbliche, previste nell’articolo 9, § 1, della Legge Federale n. 9868/1999, e l’istituto dell’*amicus curiae*, previsto nell’articolo 138 del Codice di procedura civile e nell’articolo 7, § 2, della Legge Federale n. 9868/1999, ampliano questo aspetto democratico.

Le nuove tecnologie modificano il potere dell’agenda, nella giurisdizione costituzionale, che è il paragrafo successivo di questo testo.

4. Alcune questioni del potere dell’agenda nella giurisdizione costituzionale digitale

Il processo telematico ha mutato la modalità di interazione tra i giudici, avvocati, assistenti giudiziari e soggetti interessati in generale¹⁷, nel giudizio sulla causa o sulla questione costituzionale che è oggetto di controversia. Nel mondo digitale i fascicoli non sono composti da innumerevoli volumi di documenti stampati su carta, il che facilita l’archiviazione e l’accesso ad atti e documenti digitali. Il deposito di istanze, denunce, documenti e atti di qualsiasi genere, per esempio, è svolto indipendentemente dalla presenza fisica in tribunale, potendo tali atti essere presentati tutti i giorni della settimana e durante tutto l’arco della giornata. Questi fatti da soli rivoluzionano il lavoro degli operatori giuridici e la loro relazione con le parti nel processo in quanto i diretti interessati chiedono provvedimenti ed informazioni in maniera immediata e intensa.

Pertanto, l’assunzione delle decisioni da parte della magistratura – tema per eccellenza del potere dell’agenda – può avvenire rapidamente, favorendo la celerità della prestazione dei servizi giurisdizionali.

Successivamente, e con l’adozione di meccanismi per la realizzazione di atti virtuali con l’aiuto dei sistemi di videoconferenza (trasmissione simultanea di audio e immagini tra persone fisiche a distanza), i giudici, gli avvocati e altri soggetti processuali non hanno bisogno di rimanere nella stessa stanza del giudizio o in una determinata sala. In tale modo, i testimoni possono essere uditi nella loro città di residenza o di lavoro, con l’uso della tecnologia da parte dei magistrati assegnati a circoscrizioni o distretti molto distanti. Ovviamente, questo strumento ha reso meno oneroso per le parti lo svolgimento di confronti, rendendo il processo più efficiente in attuazione dell’articolo 37, cpv., della Costituzione Federale brasiliana.

La digitalizzazione e la virtualizzazione del processo hanno provocato trasformazioni nel potere dell’agenda con riferimento alla giurisdizione costituzionale. Nel caso del STF brasiliano, che è il guardiano della costituzione, secondo l’articolo 102, cpv., della Costituzione Federale, le udienze si trasmettono in diretta in televisione (“TV Justiça”), alla radio e in internet, e i procedimenti sono telematici, potendo qualsiasi cittadino accedere facilmente ai documenti processuali, specialmente in caso di controllo astratto di costituzionalità, ma anche a seguito di altre azioni o ricorsi, sempre che non siano protetti dal segreto processuale.

Questa importante pubblicità aggiunge elementi al processo di assunzione delle decisioni costituzionali. È comune che alcuni giudici della Corte Suprema brasiliana presentino i loro voti con la preoccupazione di esplicitare concetti e istituti giuridici ai cittadini in generale, che non conoscono la terminologia giuridica. È abituale che si riproducano estratti di sentenze nei giornali delle distinte reti televisive, come anche che i gruppi sociali e politici discutano intensamente sulle piattaforme di comunicazione sociale e sui *social networks* sulle proposte e sui ricorsi presentati davanti al STF brasiliano.

¹⁷ Sul processo telematico, specialmente in Brasile, cfr. F.R.L. Tomio, I.N. Robl Filho, R.S. Pinto, *O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a criação do processo judicial eletrônico (PJE): metodologia para a pesquisa comparada sobre a eficiência do judiciário*, in *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, 60/2015.

Questa situazione genera un doppio fenomeno. Da un lato, su questioni sensibili sul piano sociale, politico e religioso vi è una enorme pressione di gruppi di interessi sui giudici. A dispetto delle garanzie sostanziali concesse ai giudici dalla Costituzione Federale brasiliana, come l'irriducibilità salariale, la permanenza in carica sino alla morte e l'indipendenza della magistratura¹⁸, è innegabile che questa intensa pubblicità del processo costituzionale influisce sulla calendarizzazione del processo, sulla conduzione della causa da parte dei magistrati relatori, sulla concessione di provvedimenti cautelari monocratici¹⁹ o collegiali e sulle votazioni dei magistrati.

Nel controllo astratto di costituzionalità, la regola generale della legislazione processuale (articolo 10 della Legge Federale n. 9868/1999) determina il giudizio, anche nei casi che richiedono tutele urgenti (ingiunzioni) da parte della Plenaria del STF brasiliano²⁰. Anche così, c'è un'enorme quantità di decisioni monocratiche (individuali) adottate dai magistrati. Queste decisioni monocratiche, soprattutto in materia di misure cautelari urgenti, sono di solito giustificate dalla necessità di adottare una decisione cautelare sulla questione costituzionale con importanti ripercussioni sociali e politiche, trattandosi per esempio di una questione costituzionale che suscita l'interesse e l'attenzione degli altri poteri dello Stato e di una parte della società civile e dei cittadini. D'altro lato, le sentenze monocratiche di misure cautelari, in situazioni nelle quali è concesso un ordine giudiziale, provocano, in varie occasioni, intense critiche dirette al magistrato relatore del caso, con i critici che affermano che ciò rappresenta un'opinione individuale e personale del giudice costituzionale relatore e non una decisione collegiale di tutti i giudici costituzionali.

Quanto all'attenzione popolare e della società civile sulle decisioni e sull'esercizio della competenza dei Tribunali costituzionali e delle Corti Supreme, ci sono aspetti positivi e democratici, ma non possono essere dimenticati gli elementi negativi e anche autoritari. Si parte dall'aspetto positivo, dalla prospettiva della democrazia costituzionale, dei movimenti di rivendicazione sociale, in relazione al potere dell'agenda e all'ordine del giorno del processo.

Nel STF ci sono: a) l'udienza collegiale in presenza integrata da 11 magistrati nella Plenaria o da 5 giudici costituzionali nella 1^a o 2^a Sezione (organo frazionato), e b) l'udienza collegiale virtuale della Plenaria o delle Sezioni. Originariamente e prima della pandemia del Covid-19, i processi, in udienza, si svolgevano necessariamente con la presenza fisica dei magistrati, avvocati, membri della Procura della Repubblica e del Difensore della Repubblica, impiegati del Tribunale e gli interessati ad assistere alla sessione, a Brasilia nel Distretto Federale. Attualmente, secondo la Risoluzione n. 767 del 31 marzo 2022, della Presidenza del Tribunale Supremo, nelle udienze in presenza, la regola generale è l'assistenza in presenza dei magistrati in Tribunale, ma è possibile la partecipazione virtuale del giudice costituzionale, secondo l'articolo 6, cpv., della Risoluzione n. 767/2022. Inoltre, secondo l'articolo 9 della citata Risoluzione: "le discussioni orali e la partecipazione dei procuratori, degli avvocati e delle parti al contraddittorio possono essere tenute in videoconferenza, mediante un'opzione da indicare su un modulo elettronico reso disponibile sul sito web del STF fino a 24 (ventiquattro) ore prima della sessione"

¹⁸ I.N. Robl Filho, *Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e accountability*, São Paulo, 2013, p. 181 ss.

¹⁹ Su questa questione cfr. V.A. Silva, "Um voto qualquer"? O papel do Ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal, in *Revista Estudos Institucionais*, 1-1/2015; F.D.S.L. Lima E, J.M.W. Gomes Neto, *Poder de agenda e estratégia no STF: uma análise a partir da decisão liminar nos mandados de segurança nº 34.070 e nº 34.071*, in A.C.M. Martins, G.A.F. Nascimento, P.R.B Ramos (org.), *Constituição e democracia II*, Florianópolis, 2016.

²⁰ La disposizione di legge così dispone: "Art. 10 - Salvo che durante il periodo di sospensione, la misura cautelare in un ricorso diretto è concessa con decisione a maggioranza assoluta dei membri della Corte, nel rispetto delle disposizioni dell'art. 22, dopo aver sentito gli organi o le autorità da cui proviene la legge o l'atto normativo impugnato, che devono pronunciarsi entro cinque giorni. § Paragrafo 1 Il relatore sente il Procuratore generale dell'Unione e il Procuratore generale della Repubblica, entro tre giorni, se lo ritiene indispensabile. § Paragrafo 2 Nel giudizio sulla richiesta di misura cautelare, i rappresentanti giudiziari del richiedente e delle autorità o degli organi responsabili dell'emanazione dell'atto sono ammessi alla discussione orale, secondo le modalità stabilite dal regolamento di procedura della Corte. § Paragrafo 3 In casi di eccezionale urgenza, il Tribunale può concedere la misura cautelare senza ascoltare gli organi o le autorità da cui proviene la legge o l'atto normativo impugnato".

Questa previsione è un passo avanti, dato che permette, per esempio, che le parti e gli avvocati che non si trovano o risiedono nel Distretto Federale del Brasile possano compiere atti processuali mediante la tecnologia digitale.

L’ordine del giorno della Plenaria del STF è fissato dal magistrato presidente dopo la sollecitazione del magistrato relatore. A loro volta, le domande della società civile, degli altri poteri dello Stato e dei cittadini in generale, che si svolgono in presenza o virtualmente, sono legate al momento nel quale i processi saranno o meno realizzati.

Negli ultimi tempi è stato prodotto in Brasile un deficit nelle politiche pubbliche, specialmente quelle del governo federale, nella protezione dell’ambiente. In questo modo sono state presentate varie domande davanti al STF affinché siano applicati i doveri costituzionali di protezione della fauna e della flora. Movimenti sociali, politici, gruppi della società civile, ambientalisti e civili cercano di sensibilizzare davanti al Congresso Nazionale e al Potere Giudiziario sulla rilevanza dell’adozione di provvedimenti immediati in materia. In ragione di quanto sopra, nel primo semestre del 2022, l’ordine del giorno in presenza del Tribunale Federale era composto da numerose azioni di Diritto Costituzionale ambientale²¹.

D’altro lato, la manipolazione di una parte dell’opinione pubblica provoca effetti disastrosi sulla funzione della giurisdizione costituzionale e sull’assunzione delle decisioni nel contesto del nuovo autoritarismo e del populismo autoritario²². È anche comune l’uso dell’intelligenza artificiale per interrompere i dibattiti pubblici, producendo disinformazione o quantomeno gonfiando le comunicazioni, perché apparentemente ci sono molte opinioni convergenti nei *social networks* e in Internet, quando sono coinvolti i robot. In questo senso, si segnalano le proteste del 7 settembre 2021 in Brasile, che furono appoggiate dalla Presidenza della Repubblica e da parte dei suoi alleati, appoggiando la chiusura della Corte Suprema e il ritorno alle pratiche autoritarie del periodo della dittatura militare dal 1964 al 1985.

Queste proteste mobilitarono una parte della società civile in vari Stati della Federazione, con forti manifestazioni piene di attacchi alla democrazia ispirate al populismo autoritario. Le proteste sociali, anche se aspre e critiche, fanno parte della democrazia costituzionale come consuetudine. Tuttavia, ci sono atti di protesta che predicano la distruzione dello Stato democratico di Diritto che non sono compatibili e non sono tollerabili, pena il crollo della democrazia costituzionale²³.

Sul potere dell’agenda nella giurisdizione costituzionale brasiliana, è importante la cronaca delle sedute plenarie virtuali presso il STF. In base all’art. 21-B, Regolamento Interno, in conformità con l’Emendamento Reggimentale n. 53, del 18 marzo 2020, “Tutti i casi che rientrano nella giurisdizione della Corte possono, a discrezione del relatore o del giudice supervisore con l’accordo del relatore, essere sottoposti a giudizio in liste di casi in sessioni presidenziali o elettroniche, nel rispetto della rispettiva giurisdizione dei collegi o della plenaria”. Quando è possibile il supporto orale, secondo il

²¹ Come esempi di “ordini del giorno verde” o di “costituzionalismo ambientale”, il 28 aprile 2014 si sono tenuti davanti al STF brasiliano i seguenti processi: “Domanda per inadempimento del Precetto Fondamentale n. 651, con relatore il giudice Cármen Lúcia, che ha sostenuto il riconoscimento dell’incostituzionalità del Decreto 10.224 del 2.5.2020, affermando il legittimo interesse che “con il pretesto di regolamentare la Legge 7.797/89 - che crea il Fondo Nazionale per l’Ambiente (FNMA), esclude la società civile dal consiglio deliberativo del FNMA”, e azione diretta di incostituzionalità n. 6808, relatore il giudice Cármen Lúcia, che aveva per oggetto l’impugnazione “visti gli articoli. 6º e 11-A, II, della Legge n. 11.598/2007, ome modificata dall’articolo art. 2 della Misura provvisoria n. 1. 040/2021, che prevedono, nell’ambito della Rete nazionale per la semplificazione della registrazione e della legalizzazione delle società e delle imprese (Redesim), il rilascio automatico, senza analisi umana, di permessi e licenze di esercizio – comprese le licenze ambientali – per le imprese classificate come attività a medio rischio, oltre all’impossibilità per gli enti autorizzatori di richiedere informazioni aggiuntive rispetto a quelle già fornite dal richiedente attraverso il sistema Redesim”. (Brasil, Supremo Tribunal Federal, Pauta da 11ª Sessão Extraordinária del 28 aprile 2022) (<https://portal.stf.jus.br/pauta/pesquisar/Calendario.asp>).

²² Su questa questione cfr. I.N. Robl Filho, M.A. Marrafon, F. Pansieri, *Constitucionalismo como salvaguarda do Estado de Direito: crítica ao (ciber) populismo autoritário e a necessária reengenharia constitucional*, in *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* (RIHJ), 18/2020.

²³ Sul tema nella prospettiva della scienza politica cfr. R.F. Mendonça, L.B. Domingues, *Protestos contemporâneos e a crise da democracia*, in *Revista Brasileira de Ciência Política*, 37/2022.

paragrafo 2 dell'articolo 21-B del Regolamento del Procedimento, la dichiarazione deve essere registrata e inviata per via telematica entro 48 ore prima dell'inizio del giudizio.

I dettagli sulla seduta virtuale sono forniti dalla Risoluzione della Presidenza del Tribunale Supremo n. 642 del 14 giugno 2019, che è stata modificata successivamente dalle Risoluzioni 669, 675, 684 e 690 del 2020, fissando nel suo articolo 2, cpv., in forma ordinaria, che le sessioni virtuali "si terranno settimanalmente e inizieranno il venerdì, rispettando il periodo di 5 (cinque) giorni lavorativi previsto dall'articolo 935 del Codice di procedura civile tra la data di pubblicazione dell'ordine del giorno sul Dje, con la pubblicazione degli elenchi sul sito web della Corte, e l'inizio del giudizio". La durata della seduta virtuale ordinaria è di sei giorni lavorativi, con il voto degli altri giudici costituzionali, sulla base della sintesi, della relazione e del voto del magistrato relatore, in ambito virtuale, in base all'art. 2, § 1, della Risoluzione n. 642/2019 modificata dalla Risoluzione 684/2020. In casi di eccezionale urgenza, il Presidente del STF e i Presidenti delle Sezioni potranno convocare una seduta virtuale straordinaria, secondo l'articolo 5-B, della Risoluzione n. 642/2020, introdotta dalla Risoluzione n. 669 del 19 marzo 2020.

Le sedute virtuali hanno permesso al STF di aumentare il numero di cause giudicate in forma collegiale, in quanto vi è una congestione nelle richieste di giudizio da esaminare nella plenaria fisica/sincrona. In pratica, le sedute virtuali consentono di sostituire le decisioni monocratiche del magistrato relatore con sentenze collegiali, soprattutto in cause complesse e di grande impatto sociale e politico. In tale modo, il magistrato relatore può dare il suo voto sulla mozione di censura nella plenaria ordinaria virtuale o sollecitare il Presidente del STF o la Sezione per lo svolgimento di una sessione straordinaria di un giudizio virtuale.

I magistrati che costituiscono il quorum del collegio giudicante possono votare, previa disponibilità del voto del magistrato relatore, in una delle seguenti forme, secondo l'articolo 6, Risoluzione n. 642/2019: "a - sono in accordo con il relatore; b - sono in accordo con il relatore con una riserva; c - sono in disaccordo con il relatore; o d - sono in accordo con il dissenso", dovendo il giudice costituzionale dichiarare (includere, pubblicare) il suo voto nelle situazioni di cui alle lett. "b" e "c".

A dispetto degli innegabili vantaggi della seduta virtuale per un rapido giudizio, l'utilizzazione di questa forma di giudizio provoca due problemi principali. In primo luogo, vi è il fenomeno della minore attenzione per l'assunzione delle decisioni da parte dei giudici costituzionali. Mentre le sessioni in presenza dedicano una maggiore attenzione alla causa o alla questione costituzionale, in quanto una causa è esaminata simultaneamente da tutti i giudici, nella seduta virtuale non c'è una deliberazione simultanea da parte dei giudici, e nel periodo delle sedute virtuali ci sono più di cento cause.

Nella seduta virtuale della Plenaria del STF, dal 3 giugno 2022 al 10 giugno 2022, sono state calendarizzate 114 cause. Ad eccezione del Presidente, tutti gli altri giudici costituzionali costituiscono, oltre alla Plenaria che riunisce tutti i magistrati, un organo collegiale frazionato e più ridotto (Gruppo). Nello stesso periodo, la seduta virtuale del Primo Gruppo incluse 91 cause, e 109 provvedimenti emessi nella sessione virtuale del Secondo Gruppo²⁴. In questo contesto, l'attenzione sulla decisione delle cause esaminate nelle sedute virtuali come regola generale è bassa.

Le argomentazioni orali degli avvocati, membri della Procura della Repubblica e dell'Ufficio del Difensore della Repubblica sono esposte nelle sedute virtuali, ma l'impatto di questo atto processuale nei giudizi virtuali è completamente differente da quello dell'esposizione orale dei ragionamenti in una seduta simultanea in presenza. La ragione è semplice: nelle sedute in presenza, tutti i giudici costituzionali assistono alla discussione contemporaneamente. Nelle sedute virtuali, le discussioni orali sono registrate in gran numero, il che rende difficile al magistrato costituzionale assistere a tutte.

La necessità di estendere l'attenzione alle decisioni delle sedute virtuali non è passata inosservata al legislatore democratico, che ha cercato di massimizzare il diritto di difesa e il diritto ad un giusto processo, in base all'articolo 5, LIV e LV, della Costituzione Federale brasiliana. Il progetto di legge n. 5.284, del 2020, che è stato approvato tanto dalla Camera dei deputati quanto dal Senato della

²⁴ Le informazioni sulle sedute virtuali del STF possono essere consultate in "Supremo Tribunal Federal" (STF), Pautas de julgamento (<https://portal.stf.jus.br/pauta/pesquisarCalendario.asp>).

Repubblica, ha modificato lo Estatuto da Advocacia (Legge n. 8.906/1994), stabilendo come diritto dell'avvocato, all'articolo 7, "IX-A - esporre argomentazioni orali, durante le sessioni di giudizio, su qualsiasi appello o caso, di persona o in telepresenza, in tempo reale e in concomitanza con la sentenza". Nella stragrande maggioranza delle cause, gli avvocati, dopo avere esaminato la questione e alla luce della strategia legale da loro predisposta per la causa, scelgono di non esercitare il diritto alla difesa orale. D'altro lato, l'adeguata effettività della difesa piena, del contraddittorio, del diritto al giusto processo non tutelano in alcun modo lo svolgimento di una discussione orale, ma la possibilità di esporre le ragioni processuali orali in maniera efficace. La verbalizzazione delle argomentazioni orali è una misura processuale meno efficace nella garanzia del diritto ad un giusto processo, dato che deve essere privilegiata la realizzazione simultanea dell'atto processuale, anche qualora fosse virtuale.

Il legislatore democratico saggiamente, nel Progetto di Legge n. 5.284/2020, ha aggiunto il paragrafo 2-A all'articolo 7 dello Estatuto da Advocacia: "§ 2º-A. Una volta che la sentenza sui originari è stata inserita nella plenaria virtuale, ogni volta che la parte richiede una discussione orale in tempo reale durante la sentenza, la causa sarà rinviata alla sessione in persona o telematicamente". Si tratta di una soluzione semplice e pertinente che bilancia, nel caso del controllo giudiziale di costituzionalità, l'efficienza della giurisdizione mantenendo l'esercizio della stessa nei tempi e nelle forme della plenaria virtuale asincrona, con la massima effettività dei diritti fondamentali, il contraddittorio, il diritto al giusto processo e alla difesa piena, sulla base dell'inclusione del fatto nella plenaria in presenza, per richiesta del difensore²⁵.

Le ragioni del veto della Presidenza della Repubblica²⁶ esasperano l'esercizio di una giurisdizione rapida, trascurando la necessità che la giurisdizione agisca in conformità con i diritti fondamentali. Il Parlamento nazionale brasiliano, in base all'articolo 66, § 4, della Costituzione Federale del 1988, dovrebbe respingere il voto del Presidente con riferimento al punto XI-A e al paragrafo 2-A, articolo 7, dello Estatuto da Advocacia, nei termini del Progetto di Legge approvato dalla Camera e dal Senato n° 5.284/2020.

5. Conclusioni

Il controllo giudiziale di costituzionalità è un tema classico del diritto costituzionale, riflettendosi sui suoi fondamenti e sul suo funzionamento. Contemporaneamente, l'era digitale deve essere concepita come l'integrazione tra il mondo fisico e quello digitale, che promuove cambiamenti nella vita quotidiana e nella dinamica costituzionale. In questo ambito, la giurisdizione costituzionale torna anche ad essere più rapida e complessa.

Il costituzionalismo è per essenza una filosofia prescrittiva, che determina come devono conformarsi i poteri giuridici e politici. In questo quadrante della storia, il costituzionalismo deve essere attento alle realtà economiche, sociali e costituzionali, potendo così contribuire criticamente ai dilemmi del diritto digitale.

²⁵ Sulle principali direttrici di interpretazione costituzionale cfr. I.W. Sarlet, *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*, in I.W. Sarlet, L.G. Marinoni, D. Mitidiero, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo, 2015, p. 207 ss.

²⁶ In questo modo lo intese il Presidente della Repubblica nel Messaggio n. 275, del 2 giugno 2022: "La proposta legislativa stabilisce che il processo è rimesso alla seduta in presenza o in videoconferenza, qualora il giudizio su ricorsi e azioni originarie sia incluso nella plenaria virtuale, a condizione che la parte richieda un supporto orale in tempo reale nel processo. Tuttavia, nonostante le buone intenzioni del legislatore, la proposta legislativa è contraria all'interesse pubblico, poiché si percepisce un rischio per la celerità dei processi, dato che ostacola il recente sviluppo delle nuove forme sincrone e asincrone di prestazione dei servizi legali, che hanno incrementato l'efficienza, la celerità e la digitalizzazione del Potere Giudiziale. Va notato che il sistema di giudizio virtuale non pregiudica le parti, il giusto processo né il diritto alla difesa, ma si facilita il processo. Ci sono anche esempi pratici che stabiliscono che i rappresentanti delle parti e altre persone con diritto agli atti di causa possono inviare deduzioni orali tramite strumenti digitali dopo la pubblicazione dell'ordine del giorno quarantottavo prima dell'inizio del processo virtuale" (Brasil, Presidência da República, Mensagem n. 275, del 2 giugno 2022).

Abstract

Il contributo, dopo aver offerto considerazioni di carattere generale sul ruolo del diritto dinanzi al mondo digitale, indaga circa le evoluzioni del "potere d'agenda" nel contesto telematico con riguardo all'esperienza brasiliana.

Parole chiave: società digitale, potere d'agenda, giustizia costituzionale

*

The paper, after offering general considerations on the role of law in the digital world, aims to investigate the evolution of "agenda power" in the telematic context with regard to Brazilian experience.

Keywords: digital society, agenda power, constitutional justice