

MATHEUS FIALDINI

ATTIVISMO GIUDIZIARIO IN BRASILE AI TEMPI DEL COVID-19

1. Le democrazie moderne riconoscono il Popolo come legittimo detentore del potere che verrà poi esercitato per mezzo di rappresentanti eletti o costituiti. Caratteristica del modello democratico è che il potere conferito dal popolo sia distribuito fra tre grandi organi, anche definiti comunemente come *poteri*: Potere Legislativo, Potere Esecutivo e Potere Giudiziario. Questo modello è stato approfondito da molti pensatori, a cominciare da Charles de Montesquieu (1689 – 1755) che, facendo tesoro delle suggestioni provenienti da Aristotele e da John Locke, elaborò la nota “teoria dei tre poteri” nell’importante opera “Lo Spirito delle Leggi”, in cui preconizzava la divisione tripartita come soluzione agli eccessi dei regimi totalitari o assolutisti, a condizione che fosse garantita tra di loro una costante armonia.

Questo modello di tripartizione di poteri è stato pensato e introdotto negli ordinamenti giuridici di molti Stati proprio per assicurare chiare e limitate attribuzioni ai *mandatari* eletti o costituiti, grazie all’uso razionale, tecnico e legittimo delle funzioni conferite dal *mandante*, il Popolo, così da evitare che un unico organo, in virtù di una tale concentrazione di autorità, potesse eccedere nel suo ruolo al punto da usurpare il potere, che è proprio ed esclusivo di chi conferisce l’incarico. Dunque, una democrazia risulta tanto più accettabile in quanto i tre poteri costituiti riconoscano i propri limiti e esercitino con rigore le attribuzioni a loro conferite. In questo scenario, quando uno dei poteri esorbita l’incarico che gli è stato consegnato, lo stesso viene a delegittimare non soltanto le altre sfere di potere, ma anche e soprattutto se stesso, poiché disattende i termini dell’incarico conferito dal mandante, cioè il Popolo.

La Magna Carta brasiliana ha previsto testualmente, già nel suo articolo 2º, che i tre poteri sono *indipendenti e armonici tra loro* e ha pensato ad alcuni meccanismi di correzione, nel caso di squilibrio per indebita interferenza di uno dei poteri nelle funzioni che appartengono ad altri: dall’impiego di Delegazione legislativa da parte del Parlamento, al fine di intercettare gli eccessi del Potere Esecutivo al riconoscimento, a favore del Potere Giudiziario, della decisione sulla incostituzionalità di un testo

di legge, nonostante sia formalmente legittimo. Non meno significativo è, in questa direzione, il processo di *impeachment* dei massimi rappresentanti dei tre poteri, il Presidente della Repubblica, i Parlamentari o i Ministri della Suprema Corte.

Lungi dall'approfondire le misure necessarie per ristabilire l'armonia tra i poteri, che richiederebbe ben altro spazio di indagine, l'intento di questo articolo è quello di richiamare alla memoria alcuni episodi recenti sul cosiddetto "Attivismo Giudiziario", di cui esistono evidenti tracce in questi tempi di pandemia provocata dal Covid-19, in considerazione della rilevanza e delle ripercussioni che ha raggiunto il fenomeno dell'intervento politico da parte del Potere Giudiziario, con effetti che ricadono sul sistema democratico.

Ciò che desta maggiore preoccupazione è che l'attivismo giudiziario finisce per interferire nelle funzioni che dovrebbero, più correttamente, spettare al Potere Legislativo e a quello Esecutivo, con l'effetto di eccedere dal suo compito di mera garanzia dell'osservanza delle leggi, di rango costituzionale o "infracostituzionale", che gli dovrebbe precludere interpretazioni di tipo creativo. In questa direzione appare corretta la posizione assunta dall'allora componente della Suprema Corte Nordamericana, Antonino Scalia, nell'escludere quei comportamenti di giudici che, con il pretesto di interpretare il senso e la portata della legge, in vista dell'attuazione di principi legali, anche di rilevanza costituzionale, finiscono per introdurre una regola o disciplina chiaramente fuori dal senso e dalla portata che il testo interpretato indica nella sua chiarezza semantica, con l'effetto di invadere le competenze del Potere Legislativo e dello stesso Potere Esecutivo, cui spetta la esecuzione dei testi normativi.

Compito del giudice è infatti quello di garantire l'osservanza della legge, sia nelle situazioni ordinarie che in quelle straordinarie determinate da crisi economiche o di grande instabilità politica, assicurando ancora una volta l'applicazione dei provvedimenti d'urgenza adottati dal Potere Legislativo per affrontare le situazioni di emergenza.

Ciò nondimeno molteplici sono gli episodi di abuso giudiziario, riscontrati nei provvedimenti della più Alta Corte del Paese ¹, che sono stati ri-

1 L'ultimo grado del Potere Giudiziario, dove sono prese decisioni collegiali di carattere definitivo e inappellabile, appartiene al Supremo Tribunale Federale. La Corte è composta da ministri nominati liberamente dal Presidente della Repubblica (che, nel sistema presidenzialista brasiliano, concentra le funzioni di Capo di Governo e dello Stato) tra laureati in Giurisprudenza, indipendentemente dalla loro appartenenza alla magistratura, con l'effetto di far prevalere, nella loro designazione, ragioni politiche o ideologiche, che nulla hanno a che fare con la prepa-

scontrati durante il periodo di emergenza sanitaria provocata dall'epidemia da Covid-19, in grado di usurpare le funzioni proprie dei Poteri Legislativo ed Esecutivo, con l'effetto di derogare alle stesse norme stabilite nella Costituzione Federale, proprio nella parte in cui è “*disegnato*” il sistema di ripartizione e armonia dei poteri.

In questa direzione, evidente è stato il conflitto tra i Poteri Legislativo, Esecutivo (nella sfera dell'Unione, sotto la direzione del Presidente della Repubblica) e Potere Giudiziario nella definizione delle misure di contenimento della diffusione del virus Covid-19, con riguardo specialmente all'obbligo di uso della mascherina, della chiusura di vie e autostrade, del divieto di accesso alle aree pubbliche come parchi e spiagge, oppure di ristoranti e chiese. Tale distanza ha pure riguardato la ripartizione delle competenze tra Unione, Stati o Municipalità per la regolamentazione e controllo delle misure restrittive dei diritti fondamentali, ritenuti necessari per contenere l'avanzamento della pandemia. Analogo conflitto tra poteri ha pure coinvolto la stessa Presidenza della Repubblica, in presenza del divieto imposto dal giudice alla circolazione della pubblicità avviata dal Governo che, ricorrendo all'espressione “Il Brasile non può fermarsi”, voleva impedire il blocco delle attività economiche. Non meno incisivo è stato l'intervento del Giudiziario, a tutela del suo onore e della sua reputazione, attraverso le indagini irregolarmente presiedute dal Supremo Tribunale Federale, con l'ausilio della polizia giudiziaria, per porre un freno agli effetti di presunte *fake news*. La decisione assunta dal Potere Giudiziario di distrarre, in difformità a quanto in precedenza votato in Parlamento, i fondi destinati a fronteggiare i costi delle elezioni per porre invece rimedio agli effetti della pandemia, ciononostante le buone intenzioni, è stata poi ulteriore occasione di conflitto fra i due poteri coinvolti.

Nella misura in cui la pandemia avanzava nel mondo e iniziava a fare vittime in Brasile, il Presidente della Repubblica, autorità massima nel Paese e capo del Potere Esecutivo nella sfera della Unione, ha adottato pubblicamente una posizione resistente e scettica, al limite del negazionismo, per quanto riguarda l'implementazione indiscriminata di misure che portassero ad una completa sospensione della vita quotidiana, come la chiusura del commercio, di parchi, chiese, ecc. L'intento era quello di evitare una tale paralisi che avrebbe potuto provocare un danno ancora maggiore alla società. Senza negare i gravi effetti del Covid-19, a causa della precarietà della salute di una parte della popolazione, che ha condotto anche alla mor-

razione tecnica del candidato al posto, in grado inesorabilmente di condizionarli nello stesso svolgimento dell'importante ruolo giurisdizionale.

te di un numero non trascurabile di persone, l'obiettivo sarebbe stato quello di non frenare completamente l'economia che avrebbe condotto, a medio e lungo termine, un aumento della disoccupazione, il calo della capacità di consumo e produzione e, di conseguenza, un inevitabile sacrificio per il benessere della popolazione.

Nonostante le incertezze della comunità scientifica sui rimedi da impiegare per fronteggiare la crisi epidemica, tale cautela del Presidente della Repubblica, garante dello *status quo*, appariva inadeguata, per gli effetti pregiudizievoli che si sarebbero comunque prodotti sull'economia della nazione. Per fronteggiare questo atteggiamento del Presidente, la corte di gisutizia ha assunto un tale protagonismo che non le spettava.

2. In presenza dell'avanzare in altri Paesi della diffusione dell'epidemia, sarebbe spettato principalmente al Potere Legislativo, nell'esercizio delle sue funzioni e coerentemente alle condizioni sanitarie del Brasile, definire le norme per fronteggiare il nuovo coronavirus, determinando regole e divieti, eccezionali o temporanei.

Ciò è infatti avvenuto per mezzo della legge n° 13.979/2020 con la quale è stata introdotta la quarantena, ricorrendo a misure di isolamento sociale, oltre a fissare sanzioni per le infrazioni agli obblighi introdotti, attraverso il distanziamento tra persone, ma anche il controllo di bagagli, container, animali, mezzi di trasporto o merci che avrebbero potuto, alla luce delle informazioni scientifiche, rappresentare causa di contagio, in modo da evitare ogni possibile contaminazione o propagazione del coronavirus.

Sarebbe compito dei Ministeri della Sanità e della Giustizia e Pubblica Sicurezza, regolare, con ordinanza congiunta, le misure di prevenzione.

Chiamato a pronunciarsi, in azione diretta di incostituzionalità, promossa da un partito politico (ADI n° 6341), il Supremo Tribunale Federale, in seduta plenaria con la maggioranza dei voti, ha poi deciso, in applicazione dell'art. 23, inciso II, della Magna Carta, che non soltanto l'Unione, ma anche gli Stati membri della federazione e le Municipalità, avessero la competenza a disciplinare liberamente le politiche pubbliche necessarie ad affrontare la pandemia. La presenza in Brasile di oltre cinquemila enti federativi delle municipalità, ha scatenato una vera *babele* a livello locale, per la disseminazione caotica di leggi in tutti questi enti della federazione, spesso in conflitto tra di loro, quando non addirittura in contrasto con la politica pubblica tracciata dalla legge federale. Ne sono derivati dubbi interpretativi anche per i giudici di gradi inferiori, cui si è cercato di porre rimedio facendo prevalere l'indirizzo collegiale della più Alta Corte,

attraverso il ricorso alla legge dello Stato di appartenenza del municipio coinvolto. A ciò si è giunti proprio attraverso l'introduzione, per scelta del Giudiziario, di una differenziazione a livello nazionale nella gestione della crisi pandemica e la previsione di una concorrenza delle competenze tra Unione, Stati della federazione e Municipalità.

Tale disarticolazione, indotta per via giudiziaria, è stata la anche causa di una irragionevole asimmetria delle decisioni adottate a livello locale in materia di introduzione, da parte di alcuni Stati e Municipi, di divieti generalizzati di uso e occupazione di spazi pubblici, come ad esempio, spiagge e parchi, a fronte di una maggiore libertà di fruizione consentita da altri.

In un caso, addirittura un Governatore ha assimilato ad un delitto punibile con l'arresto immediato la scelta di quanti avessero deciso di violare le regole di isolamento dentro casa, configurando questo comportamento come reato per violazione del divieto giudiziale di frequentare spazi pubblici, così da offrire spazio ad interpretazioni di giudici di merito che hanno condotto all'arresto dei trasgressori, ignorando il principio *nessun reato, nessuna pena senza legge*. Quanto precede in deroga alla legge federale sopra riportata che, invece, penalizza, fino all'arresto, il comportamento di chi, pur essendo affetto dalla malattia abbia trasgredito la prescrizione medica di isolamento che gli avrebbe imposto di restare a casa fino alla completa guarigione².

3. Attraverso questi interventi, ancora una volta il Potere Giudiziario, sia pur nell'esercizio del ruolo di custode della Costituzione Federale, ed in particolare dei principi della dignità della persona umana e del rispetto del sistema federale della Repubblica, ha finito per usurpare -prendendo a pretesto la legittima interpretazione della conformità con la Costituzione – il *munus* dell'Esecutivo, e per invadere, attraverso scelte di politica pubblica, la discrezionalità di quest'ultimo.

Pur se il Giudiziario agisca su istanza di parte, l'accesso facilitato a tale potere ne ha consentito una inopportuna strumentalizzazione e abuso delle funzioni idonea a interferire sulla discrezionalità del Potere Legislativo ed Esecutivo proprio attraverso l'esercizio di una interpretazione creativa e manipolatoria che l'ha condotto, a secondo dei casi, a disapplicare leggi, a modificarne il significato e la portata originarie, ad interferire con le

2 La norma dell'art. 268 del Codice Penale preconizza: *Violare la determinazione del potere pubblico, destinata a impedire l'introduzione o la diffusione di malattia contagiosa: Pena – detenzione da un mese a un anno, e multa.*

decisioni adottate dal Governo, ora imponendo alle stesse eccessivi freni, limitandole, annullandole, o anche conferendole nuovi contenuti, che, in realtà, non sono altro che la negazione di quanto era stato deciso fino a quel momento.

Tale condizionamento dell'esercizio del Potere Legislativo e di quello Esecutivo da parte del Giudiziario assume connotati ancora più preoccupanti quando proviene da quei suoi rappresentanti che occupano gli scranni del collegio della più Alta Corte, di alterare il normale equilibrio tra i poteri della Repubblica.

In questa direzione ha destato preoccupazione e suscitato più di una critica un' intervento del Supremo Tribunale Federale, avendo come relatore il ministro Luis Roberto Barroso, in presenza di una ingiunzione per il Mancato Rispetto del Precetto Fondamentale n° 668 e n° 669, di iniziativa della Confederazione Nazionale dei Lavoratori Metallurgici e del partito politico Rede Sustentabilidade che chiedevano il divieto di diffusione di pubblicità del Governo Federale con il motto: "Il Brasile non può fermarsi". Gli autori dell'azione sostenevano che il messaggio veicolato in video nelle reti sociali avrebbe disseminato informazioni false che avrebbero condotto a sottovalutare il pericolo pandemico e convito le persone a non rispettare il distanziamento sociale raccomandato dalle società scientifiche. Attraverso il ricorso ai principi costituzionali, la Corte Suprema del Brasile è venuta, tramite uno dei suoi membri, a decidere sulla convenienza della pubblicità avviata dal Governo, con l'effetto di vietarne la circolazione, attraverso una sorta di censura, per essere ritenuta inadeguata ad affrontare il Covid-19, nonostante la presenza di autorevoli pareri scientifici, impiegati dallo stesso Esecutivo, sulla sua opportunità.

La decisione del Giudiziario sulla pericolosità, per la vita, la salute e il diritto di ricevere adeguata informazione dei cittadini, della campagna pubblicitaria promossa dal Governo Federale, è venuta ad incidere in modo ritenuto arbitrario in un campo che prevede un margine di discrezionalità da parte dell'Esecutivo, che dovrà tenere conto contemporaneamente, al fine di rinvenire un giusto punto di equilibrio, tra parametri scientifici, conseguenze economiche, derivanti da misure restrittive, crescita della disoccupazione, della povertà e miseria sociale. L'assenza di un necessario quadro d'insieme, di spettanza del potere politico, conduce inesorabilmente al fallimento delle misure adottate dal Potere Giudiziario che non è certamente in grado di rispondere alle attese del popolo, il vero detentore del Potere sovrano, non avendo neppure ricevuto da quest'ultimo il *munus* per deliberare sulle politiche pubbliche.

Nella stessa direzione, che denota un eccessivo protagonismo politico, si inoltra un'ulteriore decisione giudiziaria che ha pure destato attenzione in questi tempi di pandemia.

In seguito ad un'azione popolare promossa da un avvocato, la Giustizia Federale del Distretto Federale ha accolto la domanda per bloccare i valori destinati al fondo di finanziamento dei partiti e al fondo elettorale, al fine poi di utilizzarli nella lotta agli effetti della pandemia da coronavirus. La decisione, pur basandosi su un ragionevole *iter* argomentativo, presenta tuttavia molte valutazioni di carattere politico e come tali eminentemente discrezionali. Secondo l'Autorità giudiziaria competente decidere "il mantenimento dell'integrità dei fondi elettorali e di quelli riservati al finanziamento dei partiti sembra contrario alla moralità pubblica, ai principi della dignità della persona umana, dei valori sociali del lavoro e della libera iniziativa, oltre che al proposito di costruire una società solidale". Lo stesso giudice ha aggiunto che "dai sacrifici richiesti a tutta la nazione non possono essere risparmiati soltanto alcuni, cioè coloro che in ragione del proprio potere controllano anche il bilancio dell'Unione".

In forza di questa argomentazione si è sospesa l'efficacia dell'articolo 16-C, § 2º, della Legge elettorale – che prevede il versamento di risorse da parte del Tesoro Nazionale sul conto speciale a disposizione del Tribunale Superiore Elettorale³ – così da consentire al Governo Federale l'uso di tali somme per una lotta serrata al Covid-19.

Una decisione di questo tipo, tuttavia, non sarebbe di competenza dell'Autorità giudiziaria, piuttosto del Potere Esecutivo e di quello Legislativo. Non a caso proprio attraverso una legge si è decisa la finalità di questi fondi. Pertanto, la sostituzione per via giudiziale della loro destinazione finale rispetto a quanto stabilito inizialmente dal legislatore è una misura di natura politica e, quindi, estranea alle funzioni di un magistrato, tant'è vero che la decisione è stata poi respinta in secondo grado, in quanto considerata lesiva proprio del principio della separazione dei poteri.

La soluzione giuridica, cui stanno ricorrendo molti *magistrati attivisti*, è quella di invocare principi costituzionali solo apparentemente violati, consentendo però in questo modo di espungere dall'ordinamento una determinata norma legislativa. Tale *modus operandi*, naturalmente, discredita il Potere Giudiziario, tanto da alimentare l'istanza, seppur priva di fondamento costituzionale, tesa allo scioglimento del Supremo Tribunale Federale.

3 Il versamento deve avvenire presso il *Banco do Brasil* entro il primo giorno feriale del mese di giugno dell'anno delle elezioni.

Anche alla luce di questi episodi definiti di “Attivismo Giudiziario” è emersa nel dibattito pubblico la tesi per cui la sovranità nazionale sembrerebbe essere stata ceduta all’Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), nel senso che il Potere Giudiziario avrebbe veicolato l’indirizzo dell’OMS in tema di pandemia sostituendosi così al Governo, in particolare al Presidente della Repubblica che invece resisteva alle sue direttive⁴. Ebbene, in questo contesto il Potere Giudiziario ha violato la sfera di competenza dei Poteri Legislativo ed Esecutivo, gli unici legittimati a scegliere la strategia più appropriata di lotta alla pandemia. Al riguardo, è significativo ricordare il pensiero del giurista brasiliano Rui Barbosa, scomparso quasi un secolo fa, secondo cui “la peggiore dittatura è quella del Potere Giudiziario. Contro di essa, non c’è nessuno a cui rivolgersi”.

Un altro caso meritevole di attenzione ha riguardato il Consiglio Nazionale della Giustizia (CNJ) – cioè un organo di vertice del Potere Giudiziario, ma dotato della sola funzione amministrativa – che ha adottato una risoluzione tesa a recepire le raccomandazioni dell’OMS, imponendo ai giudici di riesaminare le condizioni dei detenuti e la loro situazione giudiziaria. In questo modo, oltre a interferire in una funzione giurisdizionale assolutamente al di fuori della sua competenza, il CNJ ha individuato nel Covid-19 una ragione capace di modificare lo stato del detenuto⁵, senza neanche valutare se la sua eventuale liberazione possa favorire un rischio maggiore rispetto alla custodia in carcere. La direttiva non ha ponderato la possibilità del detenuto infetto di contaminare l’ambiente domestico, entrando in contatto con i parenti dopo la sua uscita dal carcere; così come non ha opportunamente considerato la possibilità per il detenuto di essere contagiato a causa della presenza di qualche parente già precedentemente infetto.

In conclusione, il potere di scelta, tipico dell’indirizzo politico, non può essere attribuito a persone che non sono state elette, come i magistrati, gli studiosi, i tecnici e gli scienziati. In particolare, i magistrati dovrebbero innanzitutto orientarsi verso un’interpretazione costituzionale di un testo di legge, abbandonando ogni attività interpretativa impropriamente condizionata dai convincimenti personali. La decisione di un ‘magistrato attivista’ sarà, pertanto, sempre una decisione errata, capace di sollevare l’indignazione e il dissenso sociale. Questa categoria di magistrati sicuramente potrà supportare le proprie decisioni con i principi della Costituzione federale, così da imporre quello che, a loro giudizio, ritengono essere

4 L’OMS ha sostanzialmente dettato l’agenda del Brasile indirizzando le misure necessarie per affrontare il Covid-19.

5 Difatti, a seguito della risoluzione del CNJ sono stati messi in libertà parecchi detenuti a causa del Covid-19.

il percorso corretto per affrontare una determinata questione di interesse pubblico o sociale. Ciò però rientrerà nel tentativo, infondato, di giustificare giuridicamente la lesione della sfera di competenza di un altro potere della Repubblica.

La qual cosa non impedisce al Potere Giudiziario di acquisire un piccolo margine di interpretazione del testo di legge, sulla base del presupposto che l'applicazione della legge presuppone la previa e necessaria capacità di intenderla. Quanto precede a condizione tuttavia che questa attività esegetica non assuma, soprattutto durante la gestione delle crisi, una connotazione politica che non rientra nella competenza di questo potere.