REVISTA DO INSTITUTO DE PESQUISAS E ESTUDOS

Divisão Jurídica

ISSN 2446-5127

Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos	Bauru	v. 50, n.65	p. 01-164	jan./jun. 2016

REVISTA DO INSTITUTO DE PESQUISAS E ESTUDOS (DIVISÃO JURÍDICA)
Publicação semestral do Centro Universitário de Bauru Mantido pela Instituição Toledo de Ensino (ITE)

DIRETORIA EXECUTIVA / Executive Board
Flávio Euphrásio Carvalho de Toledo

DIREÇÃO / *Direction*
Cláudia Mansani Queda de Toledo – Diretora
Roberta Cristina Paganini Toledo – Vice-Diretora

COORDENAÇÃO EDITORIAL / *Editorial Coordination*
Flávio Euphrásio Carvalho de Toledo

CATALOGAÇÃO / *Cataloguing*
Marcia Perez Viana – Biblioteca Rui Barbosa

FICHA CATALOGRÁFICA

Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos : Divisão Jurídica. Instituição Toledo de Ensino. -- n. 1 (1966) - . -

- Bauru, SP : a Instituição, 1966- v.50, n.65

Semestral - ISSN 2446-5127

1. Direito – periódico I. Instituto de Pesquisas e Estudos. II. Instituição Toledo de Ensino Ensino - CDU 340

CDD - 340

EDITE – Editora da Instituição Toledo de Ensino

Praça 9 de Julho, 1-51, Vila Pacífico | 17050-790 | Bauru/SP | Brasil Disponível para acesso integral e gratuito no endereço: ojs.ite.edu.br / www.ite.edu.br

Indexação: CCN. RBVI, Ulrich´s, Latindex, Library of Congress, IES (nacionais e internacionais)

NOTA: Os trabalhos assinados exprimem conceitos da responsabilidade de seus autores, coincidentes ou não com os pontos de vista da redação da Revista.

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS: Proibida a reprodução total ou parcial, sem a prévia autorização da Instituição, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos ou videográficos. Vedada a memorização e/ou recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de quaisquer partes desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e §§, do Código Penal, cf. Lei nº. 6.895, de 17-12-1980) com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 122, 123, 124 e 126, da Lei nº. 5.988 de 14-12-1973, Lei dos Direitos Autorais).

CONSELHO EDITORIAL / *Editorial Board*

Prof. Cícero Krupp da Luz
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Profa. Dra. Cláudia Mansani Queda de Toledo
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Prof. Dr. Eduardo Andrés Velandia
Universidad Libre de Colômbia

Prof. Dr. Flávio Luis de Oliveira
Instituição Toledo de Ensino – Bauru/SP

Prof. Dr. Gilson Delgado Miranda
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof. Dr. Haideer Miranda Bonilha
Facultad de Derecho de la Universidad de Costa (Costa Rica)

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz
Fundação Universidade de Itaúna

Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araujo
Universidade Católica de Pernambuco

Prof. Dr. Orides Mezzaroba
Universidade Federal de Santa Catarina

Profa. Dra. Patrícia Miranda Pizzol
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof. Dr. Roberto Romboli
Università de Pisa

Prof. Dr. Rodrigo Perez Lisisic
Universidade de Atacama

Prof. Dr. Rogelio Barba Alvarez
Universidad de Guadalajara

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho
Universidade Estadual do Norte Pioneiro

SUMÁRIO

6 EDITORIAL

DOUTRINA INTERNACIONAL

9 **I DIRITTI DEI NON CITTADINI**
Os direitos dos não cidadãos
Gianluca Famiglietti

20 **I DIRITTI FONDAMENTALI TRA DIRITTO POLITICO E DIRITTO GIURISPRUDENZIALE**
Os direitos fundamentais entre direito político e direito jurisprudencial
Roberto Romboli

33 **PRIVACY E NUOVE TECNOLOGIE, UN RAPPORTO DIFFICILE. IL CASO EMBLEMATICO DEI SOCIAL MEDIA, TRA REGOLE GENERALI E RICERCA DI UNA SPECIFICITÀ A CORTE EDU E I GIUDICI COMUNI NELLA PROSPETTIVA DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE**
Privacidade e novas tecnologias, uma relação difícil. O caso emblemático dos mediais sociais entre regras gerais e investigação de especificações ao tribunal edu e judias conjunta na perspectiva do primeiro tribunal representante
Paolo Passaglia

54 **LA REPARACIÓN INTEGRAL CON PERSPECTIVA INTERCULTURAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR**
Reparação integral com perspectiva intercultural na jurisprudência do tribunal constitucional do equador
Ximena Ron Erráez

64 **CASO DORIGO: UN ESEMPIO SIGNIFICATIVO DEL PRINCIPIO DI MASSIMIZZAZIONE DELLE TUTELE**
Caso Dorigo: um exemplo significativo do princípio da maximização da proteção
Giulia Caponi

DOUTRINA NACIONAL

79 **A PRÁTICA ARGUMENTATIVA NO ENSINO JURÍDICO COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**
La pratica argumentativa nella insegnamento giuridica come un meccanismo efficacia dei diritti fondamentali
Cláudio José Amaral Bahia
Rogério Piccino Braga

108 **CONTROLE DE COVENCIONALIDADE: OS JULGAMENTOS DO B**
AMPLIAÇÕES COM LEIS DE GENEBRA

Controllo della covenzionalita: le sentenze e le espansioni di brazil con le leggi di genev
Sérgio Tibiriçá Amaral
Maria Fernanda de Toledo Pennacchi Tibiriçá

130 **O OUTRO LADO DA DEMOCRACIA E A SEMÂNTICA DA HUMANI**
Revisitando o pensamento de Carl Schmitt
L'altra parte della democrazia e la sant'antica dell'umanità:
Rivedere il pensiero di Carl Schmitt
José Luiz Ragazzi
Luiz Guilherme Salles Barbosa

149 **A VEDAÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS* SOB O ASPECTO DA TRANSLATIVIDADE DO RECURSO, DO REEXAME NECESSÁRI DAS AÇÕES COLETIVAS**
La seal of reform in pejus, secondo l'esecuzione della transpettivita 'del punto, della rev
nella scadenza delle azioni collettive
Carolina Rodrigues Ferreira Seguso
Paulo Eduardo Vieira de Oliveira

165 NORMAS DE SUBMISSÃO DE ARTIGOS
Presentación normas de papel
Standards paper submission

Editorial

A REVISTA DO INSTITUTO DE PESQUISAS E ESTUDOS (DIVISÃO JURÍDICA) – RIPE, que esse ano completa 50 anos, é uma publicação semestral do Núcleo de Pós-Graduação do Centro Universitário de Bauru (CEUB), mantido pela Instituição Toledo de Ensino (ITE).

O presente número é constituído por artigos oriundos de parceiros internacionais, cujas relações se iniciaram por meio do convênio firmado com a Universidade de Pisa celebrado com vistas à Internacionalização do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro Universitário de Bauru (CEUB), mantido pela Instituição Toledo de Ensino (ITE), que muito contribuiu para o aprimoramento dos conhecimentos gerados no respectivo Programa, o que enriqueceu incomensuravelmente a experiência de professores e alunos com vivências eme outro país do centro da Comunidade Europeia e com histórico consolidado de social democracia.

No primeiro artigo, *Gianluca Famiglietti,* da Universidade de Pisa escreve sobre O DIREITO DOS NÃO CIDADÃOS. No artigo realiza um estudo sobre a proteção constitucional do estrangeiro através da leitura do direito constitucional, abordando questões como o direito da integração e os direitos sociais dos estrangeiros.

Também Professor da Universidade de Pisa, *Roberto Romboli*, escreve sobre O DIREITO FUNDAMENTAL ENTRE DIREITO POLÍTICO E DIREITO JURISPRUDENCIAL. No artigo o autor analisa o papel do direito comunitário, da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e da jurisprudência constitucional na definição e proteção aos direitos fundamentais.

O Professor Associado de Direito Público Comparado da Universidade de Pisa, *Paolo Passaglia*, escreve sobre PRIVACIDADE E NOVAS TECNOLOGIAS, UMA RELAÇÃO DIFÍCIL. O CASO EMBLEMÁTICO DAS REDES SOCIAIS, ENTRE AS REGRAS GERAIS E A BUSCA DE UMA ESPECIFICIDADE. No artigo aborda a progressiva e inexorável redução da dimensão dentro da qual os instrumentos jurídicos podem ser utilizados para proteger os direitos individuais.

Na sequência, *Ximena Ron Erráez*, Coordenadora Institucional da Corte Constitucional do Equador aborda a REPARAÇÃO INTEGRAL COM PERSPECTIVA INTERCULTURAL NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO EQUADOR. Afirma que a reparação integral constitui um mandamento de otimização das garantias constitucionais e que a execução dessas medidas para compensar danos sofridos pela violação de um direito constitui o cerne da administração da justiça.

A Professora *Giulia Caponi*, da Universidade de Pisa, em artigo intitulado CASO DORIGO: UM EXEMPLO SIGNIFICATIVO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO MÁXIMA DA TUTELA demonstra que a partir da reforma Constitucional de 2001, o Estado italiano além de respeitar os tratados internacionais de Direitos Humanos, também passou a ser obrigada a interpretar as suas normas constitucionais à luz

desses tratados e à luz das decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos. Como exemplo, a autora analisa um caso especícifico de proteção à infância.

Na sequência, *Cláudio José Amaral Bahia e Rogério Piccino Braga*, abordam A PRÁTICA ARGUMENTATIVA NO ENSINO JURÍDICO COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. Propõem que as práticas argumentativas exercitadas nos bancos das faculdades de direito são fundamentais para a efetivação de direitos até então inalcançáveis pelo rigor do texto legal.

Sérgio Tibiriçá Amaral e Maria Fernanda de Toledo Penacchi Tibiriça Amaral apresentam o artigo intitulado CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: OS JULGAMENTOS DO BRASIL E AS AMPLIAÇÕES COM AS LEIS DE GENEBRA, no qual abordam o controle de convencionalidade no Sistema Americano como um importante instrumento de acesso à Justiça Internacional e efetivação dos direitos humanos.

Os Professores da Faculdade do Sul de Minas, *José Luiz Ragazzi e Luiz Guilherme Salles Barbosa* apresentam o artigo O OUTRO LADO DA DEMOCRACIA E A SEMÂNTICA DA HUMANIDADE: REVISITANDO O PENSAMENTO DE CARL SCHMITT, no qual objetivam explorar o pensamento de Schmitt para identificar e descrever um lado obscuro das visões humanistas, normalmente excluído do espectro de observação, destacando seus eventuais desdobramentos negativos, sobretudo com relação à diversidade.

Também da Faculdade do Sul de Minas, os Professores *Carolina Rodrigues Ferreira Seguso e Paulo Eduardo Vieira de Oliveira* escrevem o artigo intitulado A VEDAÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS* SOB O ASPECTO DA TRANSLATIVIDADE DO RECURSO, DO REEXAME NECESSÁRIO NO ÂMBITO DAS AÇÕES COLETIVAS, no qual procuram abordar a origem do princípio da vedação da *reformatio in pejus*, bem como suas peculiaridades.

Desta feita, aspira-se poder contribuir para a reflexão e problematização dos temas tratados, bem como apresentar à comunidade acadêmica a visão de pensadores italianos sobre assuntos e problemas que nos parecem bastante comuns aos nossos.

Tenham todos uma boa leitura!

Prof. Dr. Flávio Luis de Oliveira

Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito

Centro Universitário de Bauru – CEUB - Instituição Toledo de Ensino - ITE

DOUTRINA INTERNACIONAL

I diritti dei non cittadini

Os direitos dos não cidadãos

Gianluca Famiglietti
Universidade de Pisa

SOMMARIO: 1. Premessa: alcuni dati. – 2. La tutela costituzionale dello straniero attraverso la lettura della giurisprudenza costituzionale. – 3. Il diritto dell'integrazione come pilastro dell'attuazione dell'art. 10, secondo comma, Cost. – 4. I diritti sociali degli stranieri.

1. *Premessa: alcuni dati*

I dati recentemente diffusi dal Ministero dell'Interno riflettono la crescente tendenza da parte dei migranti (profughi che fuggono da guerre e persecuzioni, migranti economici e migranti climatici) a scegliere (assai spesso loro malgrado) le coste italiane come punto di approdo e porta verso le agognate mete finali del centro e nord Europa: gli arrivi sulle coste italiane nel 2012 sono stati 13.267, 42.925 quelli nel 2013 e ben 170.100 lo scorso anno (il *trend* è ulteriormente in crescita nella prima metà del 2015). Ma da qualche anno l'Italia ha cessato di essere punto di passaggio – complice la posizione geografica di "molo naturale" nel Mediterraneo – per convertirsi in Paese di destinazione.

Se pure i dati non riescono a cogliere i fenomeni migratori nella loro dimensione epocale (qualcuno ha parlato di un "sesto continente" in continuo movimento), essi tuttavia aiutano a fotografare una situazione che almeno a livello nazionale non può più essere fronteggiata esclusivamente attraverso l'approccio emergenziale, esigendo che lo sguardo vada "al giorno dopo", a ciò che accade quando i cittadini stranieri si inseriscono nel tessuto locale.

La presenza straniera in Italia è in crescita costante: la percentuale di stranieri residenti è passata dal 2,4% del 2002 all'8,1% del 2014; tra la fine del 2014 e l'inizio del 2015 i residenti non italiani hanno superato la soglia dei 5 milioni. Nonostante la comunità più numerosa venga da un Paese europeo (sono oltre 1 milione i Rumeni residenti in Italia), sono i cittadini non comunitari a rappresentare la sfida più grande: sono 3,9 milioni i cittadini extra-UE regolarmente soggiornanti in Italia con permesso di soggiorno, per lo più di lungo periodo (56,25%).

La portata di tali dati di ordine generale è amplificata da quelli relativi alla forza lavoro: si calcola che nel 2014 la percentuale di forza lavoro straniera (regolare) ha sfiorato in Italia l'11% (il 10,8),

ben oltre la media europea che è del 7,07% (nel Regno Unito è del 9,7%, in Germania del 9,3% e in Francia del 5,30%). In soli 10 anni la percentuale di lavoratori non italiani sul totale della forza lavoro è più che raddoppiata, con un dato iniziale nel 2004 che superava di poco il 4%. In sintesi oggi i migranti valgono circa 123 miliardi di PIL e producono il 9% della ricchezza italiana.

È immigrata la maggior parte dei lavoratori domestici, quasi 600mila unità: sono colf, badanti o baby sitter e superano gli Italiani che in questo settore lavorano in poco più di 200mila. Fra gli altri settori in cui sono occupati gli immigrati ci sono la ristorazione, il commercio al dettaglio, le attività di costruzione e quelle agricole.

Ma sono anche altre le cifre che aiutano a comprendere come in Italia l'immigrazione si sia convertita nel corso degli ultimi 25 anni in un fenomeno tendenzialmente stabile. Anzitutto i dati sulla scolarizzazione: al pari della forza lavoro, anche la percentuale di alunni stranieri iscritti alle scuole italiane risulta in costante crescita. Si è passati dal 4,8% dell'anno scolastico 2005-2006, al 9% del 2013-2014. Numeri che contengono anche un altro elemento di novità: nell'a.s. 2013-14 è risultato nato in Italia il 51,72% degli oltre 802mila alunni stranieri iscritti agli istituti italiani. E dunque, per la prima volta nella storia del nostro Paese, gli studenti stranieri nati in Italia hanno superato quelli nati all'estero.

Questo dato, che ci parla di una seconda (in alcuni casi anche di una terza generazione di immigrati) è ulteriormente rafforzato dalle percentuali relative alle acquisizioni di cittadinanza italiana da parte di cittadini stranieri, a conferma della stabilizzazione della loro presenza nel territorio nazionale: nel 2013 su 65.383 acquisizioni di cittadinanza più del 90% di queste ha riguardato persone che in precedenza avevano una cittadinanza di un Paese non comunitario. Da qualche anno in Italia – come in altri Paesi UE – il numero delle acquisizioni della cittadinanza per residenza ha superato quello delle acquisizioni per matrimonio (ai sensi della l. n. 91/1992 ad un cittadino extracomunitario sono necessari 10 anni di residenza legale per richiedere la cittadinanza italiana). Le altre acquisizioni (diverse da residenza e matrimonio) hanno riguardato soprattutto minori che diventano cittadini italiani per trasmissione del diritto dai genitori e stranieri che – nati in Italia – al raggiungimento della maggiore età hanno richiesto la cittadinanza italiana (in totale 19.381).

In risposta ad una siffatta ed evidente trasformazione delle dinamiche sociali l'ordinamento ha da tempo – dalla l. n. 40/1998 – deciso di puntare su una legislazione interna tesa a riconoscere i diritti anche ai non cittadini a vario titolo presenti sul territorio nazionale, affiancando al *diritto dell'immigrazione in senso stretto* (ovvero le norme tendenti a disciplinare l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dal territorio nazionale degli stranieri) il cosiddetto *diritto dell'integrazione*, un complesso di norme cioè che dettano una disciplina organica della condizione giuridica dello

straniero extracomunitario in tutti gli aspetti della sua vita (lavoro, ricongiungimento familiare, studio, sanità, e così via).

2. *La tutela costituzionale dello straniero attraverso la lettura della giurisprudenza costituzionale*

Sin dalla sent. n. 120 del 1967 la Corte costituzionale ha fissato precise coordinate in ordine alla necessità di superare il dato testuale che vede riferire dall'art. 3 Cost. il principio di uguaglianza ai soli cittadini, affermando come questa disposizione non debba essere considerata isolatamente, ma vada invece letta in connessione con l'art. 2 e con l'art. 10, secondo comma, «il primo dei quali riconosce a tutti, cittadini e stranieri, i diritti inviolabili dell'uomo, mentre l'altro dispone che la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali. Ciò perché, se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando si tratti di rispettare quei diritti fondamentali».

In base quindi a questa interpretazione dello statuto costituzionale del non cittadino, ad ogni straniero a qualsiasi titolo presente sul territorio nazionale devono essere riconosciti i diritti inviolabili, quelli «che formano il patrimonio irretrattabile della personalità umana e che appartengono all'uomo inteso come essere libero» (Corte cost. n. 102/1975).

Pertanto, per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, «non può risultarne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani» (Corte cost. n. 105/2001).

Quello che, secondo la Corte, deve essere riconosciuto a tutti gli individui – e, quindi, anche allo straniero in quanto persona – è il c.d. "nucleo irriducibile" di ogni diritto: nella celebre sentenza n. 252 del 2001 (sulla quale pure si tornerà a breve) viene sancito che «il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è "costituzionalmente condizionato" dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, salva, comunque, la garanzia di "un nucleo irriducibile del diritto alla salute" protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana», nucleo di cui godono anche gli stranieri, a prescindere dalla regolarità della loro presenza nel territorio dello Stato.

Ma la riconosciuta eguaglianza di situazioni soggettive nel campo della titolarità dei diritti di libertà non esclude affatto che, nelle situazioni concrete, non possano presentarsi, fra soggetti uguali, differenze di fatto che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità, la quale non

trova altro limite se non nella razionalità del suo apprezzamento (è ancora la Corte a dirlo nella sent. n. 104/1969). Il diverso trattamento normativo tra cittadini e stranieri deve, quindi, trovare il proprio fondamento in una diversità di situazioni di ordine fattuale che legittimi il trattamento diversificato, escludendosi che le sole qualificazioni giuridiche possano costituire elemento su cui fondare la discriminazione (BIONDI DAL MONTE [b], 2013, 97-98).

In conclusione, quindi, la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione e «tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli» (Corte cost. n. 148/2008); una discrezionalità che si estende anche alla scelta degli strumenti repressivi degli illeciti commessi (cfr. Corte cost. n. 250/2010 con cui la Corte ha riconosciuto la compatibilità costituzionale del c.d. "reato di clandestinità" di cui all'art. 10*bis* d.lgs. n. 286/1998).

3. *Il diritto dell'integrazione come pilastro dell'attuazione dell'art. 10, secondo comma, Cost.*

Ai sensi dell'art. 10, secondo comma, Cost. la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali; tale riserva di legge rinforzata (oggi ulteriormente rafforzata dalla previsione dell'art. 117, primo comma, alla luce del quale Stato e Regioni esercitano la potestà legislativa nel rispetto anche dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali) ha trovato attuazione solo a partire dalla metà degli Anni 80, nel tentativo di regolamentare il fenomeno dell'immigrazione extracomunitaria che allora iniziava ad assumere proporzioni apprezzabili: la l. n. 943/1986 era infatti diretta a disciplinare il trattamento dei lavoratori immigrati extracomunitari oltre a dettare alcune misure per contrastare l'immigrazione clandestina. La successiva l. n. 39/1990 (meglio nota come "legge Martelli") ed altre discipline di quel periodo alquanto disorganiche ed improntate sempre ad una logica di tipo emergenziale, vennero superate grazie alla l. n. 40/1998 (c.d. "Turco-Napolitano", dai nomi degli allora Ministri della Solidarietà sociale Livia Turco e dell'Interno Giorgio Napolitano). Quelle norme – attraverso la necessaria opera di coordinamento specie con le disposizioni del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (r.d. n. 773/1931) – confluirono nel d.lgs. n. 286 del 25 luglio 1998, il *Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione giuridica dello straniero* (di seguito TUImm), che ha perciò rappresentato il primo tentativo di dettare una disciplina organica del fenomeno dell'immigrazione exracomunitaria.

La successiva legislazione ha in alcune occasioni tentato di attaccare taluni principi ispiratori della disciplina del '98 – si pensi alla l. n. 189/2002 (meglio nota come "Bossi-Fini") con il suo approccio al fenomeno esclusivamente di tipo "lavoristico", e ai c.d. "pacchetti sicurezza" del 2008 e 2009 che hanno letto l'immigrazione esclusivamente dal punto di vista della sicurezza e dell'ordine pubblico – rendendo in molti casi necessario l'intervento "riequilibratore" della Corte costituzionale (si pensi alla sent. n. 249/2010 che ha annullato la c.d. "aggravante di clandestinità").

Uno degli aspetti maggiormente caratterizzanti del TUImm del '98 sta nella affermazione contenuta all'art. 2, c. 1, secondo cui «allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti». Benché alla disposizione riportata possa attribuirsi un elevato tasso di genericità, essa tuttavia si pone in sostanziale sintonia con quella giurisprudenza costituzionale che ha riconosciuto la titolarità in capo a tutte le persone, indipendentemente dallo status di cittadinanza, dei diritti inviolabili sanciti dalla Costituzione (Rossi, 2013, 63-64); un principio che supera anche la distinzione tra stranieri regolarmente soggiornanti e irregolari.

Coerentemente il TUImm stabilisce il divieto di espulsione o di respingimento immediato alla frontiera in caso di temporanea ammissione sul territorio per necessità di pubblico soccorso (art. 10, c. 2, lett. *b)*), e lo stesso vale per il minore straniero, per la donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio (Corte cost. n. 376/2000 ha esteso il divieto anche al marito convivente della donna), e per tutti coloro i quali devono essere espulsi o respinti verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinviato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione (art. 19); lo straniero respinto ha in ogni caso diritto all'assistenza necessaria presso i valichi di frontiera (art. 10, c. 5), e il diritto alla traduzione in una lingua comprensibile al destinatario, ovvero, quando ciò non sia possibile, in francese, inglese o spagnolo, con preferenza per la lingua indicata dall'interessato vale per tutti i provvedimenti relativi all'ingresso, soggiorno ed espulsione (art. 2, c. 6). L'art. 18 prevede poi il rilascio di uno speciale permesso di soggiorno nel caso in cui siano accertate situazioni di violenza o di grave sfruttamento nei confronti di uno straniero ed emergano concreti pericoli per la sua incolumità. Ai sensi dell'art. 35, c. 3, allo straniero presente sul territorio nazionale, anche non in regola con le norme relative all'ingresso ed al soggiorno, sono assicurate, nei presidi pubblici ed accreditati, le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio (e l'accesso alle strutture sanitarie da parte dello straniero non in regola non può comportare alcun tipo di segnalazione all'autorità): sono,

in particolare, garantite la tutela sociale della gravidanza e della maternità, a parità di trattamento con le cittadine italiane, e la tutela della salute del minore, specie con riguardo alle vaccinazioni. Infine, i minori stranieri presenti sul territorio sono soggetti all'obbligo scolastico e ad essi si applicano tutte le disposizioni vigenti in materia di diritto all'istruzione, di accesso ai servizi educativi, di partecipazione alla vita della comunità scolastica (art. 38).

Se i diritti fin qui ricordati sono garantiti – come detto – agli stranieri comunque presenti sul territorio nazionale, a coloro che invece sono in regola con la disciplina sull'ingrasso ed il soggiorno ne vengono riconosciuti di ulteriori: anzitutto lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti civili attribuiti al cittadino italiano, salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e il TUImm dispongano diversamente (così l'art. 2, c. 2). A questo riguardo merita precisarsi come la "clausola di reciprocità" di cui all'art. 16 delle Preleggi cod. civ. («Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità») non può dirsi del tutto superata in virtù degli espressi richiami contenuti nello stesso TUImm (artt. 2, c. 2, e 35, c. 2), ma la giurisprudenza ha ormai chiarito – sulla spinta della celebre dottrina di Antonio Cassese – che la condizione di reciprocità è applicabile solo in relazione ai diritti non fondamentali della persona, poiché la tutela dei diritti fondamentali come quello alla vita o all'incolumità o alla salute, in quanto riconosciuti dalla Costituzione, deve essere assicurata, senza disparità di trattamento alcuna, a tutti gli individui, indipendentemente dalla cittadinanza e dalla condizione di reciprocità (Biondi Dal Monte [a], 2013, 171 ss.).

Una riflessione particolare deve essere fatta a proposito dei diritti politici, secondo molti i soli per loro natura refrattari ad una estensione al di fuori della cerchia dei cittadini (Ruggeri, 2015, 140 ss.): ai sensi dell'art. 2, c. 4, TUImm lo straniero regolarmente soggiornante partecipa alla vita pubblica locale, ma il diritto di suffragio resta fortemente ancorato allo *status civitatis*. L'ordinamento appare restìo ad accogliere una "visione costituzionale" di cittadinanza (Cuniberti, 1997, 514), per la quale "cittadino" non è tanto chi è definito come tale dalla legge dello Stato ("cittadinanza legale"), ma chi di fatto partecipa attivamente alla vita economica, sociale e politica della comunità in cui vive. Ma la partecipazione politica degli stranieri costituisce un aspetto centrale delle politiche di inclusione ed integrazione e va da anni acquistando un peso crescente nel dibattito giuridico-politico sull'immigrazione, e questo non soltanto in Italia. È pur vero però che quasi ovunque tale dibattito resta quasi sempre confinato alla partecipazione al livello locale.

L'Italia è uno degli otto Paesi che ha sottoscritto e ratificato (l. n. 203/1994) la Convenzione di Strasburgo sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale, promossa dal Consiglio d'Europa nel 1992, con cui ci si impegna a riconoscere agli stranieri residenti, alle stesse condizioni previste per i cittadini, una serie di diritti civili e politici: il particolare con il Capitolo A

della Convenzione le parti si sono impegnate a riconoscere agli stranieri la libertà di espressione, di riunione e associazione, di costituire sindacati e affiliarsi ad essi, ferme restando eventuali limitazioni per ragioni attinenti a sicurezza e ordine pubblico; l'Italia ha ratificato anche il Capitolo B, impegnandosi così nella creazione di organi consultivi in seno alle collettività locali (le c.d. "consulte"), comprendenti un numero significativo di residenti stranieri, ai quali deve essere data la possibilità di discutere temi di loro interesse.

L'Italia ha però rifiutato di ratificare l'ultimo Capitolo della Convenzione, quello che la avrebbe obbligata a concedere agli stranieri residenti il diritto di elettorato attivo e passivo nelle elezioni locali, in base all'argomento che l'eventuale ratifica anche di quella parte avrebbe comportato la necessità di modificare norme interne anche di carattere costituzionale.

4. *I diritti sociali degli stranieri*

Se il diritto di voto per gli stranieri extracomunitari residenti costituisce ormai il vero fortissimo ultimo (?) tabù da parte dell'ordinamento, è tuttavia innegabile come la quotidiana sfida per l'integrazione si consumi sul terreno dei diritti sociali, sull'accesso cioè alle più consistenti fette di spesa pubblica – sempre più ristrette a causa degli arcinoti problemi di stabilità economica del Paese – anche ai non cittadini, finendo con l'alimentare ulteriormente la contrapposizione tra *cittadino* e *straniero*, con l'aggiunta – nelle più recenti legislazioni – della condizione di *residente* come ulteriore presupposto per il riconoscimento di determinati diritti sociali.

Come è stato efficacemente evidenziato, quello del godimento delle prestazioni di carattere sociale è un sistema "a geometria variabile" (Biondi Dal Monte [a], 2013, 223 s.), dipendendo da alcuni fattori in grado di influenzarne la titolarità e il contenuto: lo *status* personale (regolare o irregolare), il tipo di permesso di soggiorno (annuale, biennale, soggiornanti di lungo periodo, per motivi di studio, lavoro, protezione internazionale, e così via) e il luogo di residenza, dal momento che le amministrazioni regionali e locali, nei limiti delle loro competenze, possono adottare discipline differenti sulla condizione giuridica dello straniero a vario titolo presente nel territorio di riferimento.

Una simile "frammentazione" abbiamo visto come non può intaccare il nucleo irriducibile di talune prestazioni essenziali: nella già richiamata sent. n. 252/2001 la Corte costituzionale ha sancito che lo straniero presente, anche irregolarmente, nello Stato ha diritto di fruire di tutte le prestazioni che risultino indifferibili e urgenti, secondo i criteri indicati dall'art. 35, c. 3, TUImm, trattandosi di un diritto fondamentale della persona, il cui "nucleo irriducibile" è «protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela», dovendo «perciò essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro

posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso».

Pertanto, dalla regolarità della presenza sul territorio dipende la fruizione di un complesso più o meno ampio di prestazioni, dalla iscrizione al Servizio Sanitario nazionale dipende l'obbligo di pagamento delle prestazioni di cui si fruisce; l'iscrizione al SSN è obbligatoria per la maggior parte degli stranieri (beninteso, regolari) ed i benefici si estendono anche ai familiari a carico (se anch'essi regolari): è obbligatoria per i lavoratori stranieri, per gli stranieri regolarmente soggiornanti per motivi familiari, per asilo politico, per asilo umanitario, per richiesta di asilo, per attesa adozione, per affidamento, per acquisto della cittadinanza (art. 34 TUImm). In questi casi è assicurata parità di trattamento e uguaglianza di diritti e doveri rispetto ai cittadini italiani.

Tutti gli altri stranieri regolari (ad esempio chi ha un permesso di soggiorno per motivi di studio) possono scegliere di iscriversi volontariamente al SSN pagando un contributo annuale oppure di stipulare un'apposita polizza con un istituto assicurativo contro il rischio di infortunio, malattie e per maternità.

Agli stranieri irregolari – a cui sono comunque garantite nei presìdi pubblici e accreditati cure ambulatoriali urgenti ed essenziali, ancorché continuative, per malattie e infortunio, che l'art. 35 opportunamente non tipizza, lasciandone la determinazione al prudente apprezzamento del personale medico – le prestazioni a cui hanno diritto vengono erogate in forma anonima, attraverso il rilascio da parte della ASL territorialmente competente della tessera STP (straniero temporaneamente presente), che non è un documento utile ai fini del soggiorno e della identificazione dello straniero, fungendo unicamente da strumento per l'accesso a quei servizi ed è valida su tutto il territorio nazionale.

Oltre al divieto di segnalazione in capo al personale sanitario dell'accesso alle strutture sanitarie dello straniero irregolare, a conferma del *favor* per la salute della persona che caratterizza l'intera legislazione nazionale (si ricordi che il testo costituzionale impiega l'aggettivo "fondamentale" unicamente all'art. 32 a proposito del diritto alla tutela della salute) sta anche la già richiamata esclusione dell'obbligo di esibire i documenti di soggiorno per lo straniero che richieda di accedere alle prestazioni sanitarie di cui all'art. 35 TUImm (l'art. 6, c. 2, estende tale esclusione anche alle prestazioni scolastiche obbligatorie).

In tema di diritto all'istruzione sono tante le Carte internazionali e le decisioni, in particolare della Corte di Strasburgo, che affermano l'obbligo della parità di trattamento rispetto ai cittadini per quanto attiene al diritto in questione (Convenzione di Ginevra del 1951, art. 2 CEDU, caso *Timishev c. Russia* del 2005 Corte EDU, e così via).

Venendo alla dimensione nazionale, proprio in virtù di quel legame con lo sviluppo della persona che gli artt. 2, 33 e 34 Cost. riconoscono al diritto all'istruzione, mai si è dubitato che esso dovesse riconoscersi anche allo straniero: in particolare, l'iscrizione dei *minori stranieri* nelle scuole italiane di ogni ordine e grado avviene nelle stesse modalità e alle stesse condizioni per i *minori italiani* e può essere chiesta in qualunque periodo dell'anno. In base al combinato degli artt. 38 TUImm e 45 Reg. attuativo TUImm (D.P.R. n. 349/1999) i minori stranieri presenti sul territorio sono soggetti all'obbligo scolastico; ad essi si applicano tutte le disposizioni vigenti in materia di diritto all'istruzione, di accesso ai servizi educativi, di partecipazione alla vita della comunità scolastica «indipendentemente dalla regolarità della posizione in ordine al loro soggiorno» (e dunque in ordine a quello dei genitori).

È importante ricordare, in merito alla durata dell'obbligo formativo, che esso si assolve con il conseguimento di un titolo di scuola secondaria superiore e non alla conclusione dei 10 anni di scolarizzazione o al compimento del sedicesimo anno di età. Pertanto, le prestazioni scolastiche obbligatorie si estendono "verso l'alto" fino al conseguimento del titolo di scuola secondaria superiore (assai di frequente a 19 anni) e "verso il basso" alla scuola dell'infanzia e anche agli asili nido (Corte cost. nn. 467/2002 e 370/2003), certamente non obbligatorie e non direttamente finalizzate all'istruzione del minore, trattandosi tuttavia di cicli formativi comunque tesi a favorire l'espressione delle potenzialità cognitive e relazionali del bambino.

Per quanto riguarda gli stranieri maggiorenni, il diritto allo studio è limitato a coloro che sono in possesso di un regolare permesso di soggiorno.

Rispetto all'istruzione universitaria, *ex* art. 39 TUImm è assicurata parità di trattamento tra lo straniero e il cittadino italiano e nessuna distinzione viene fatta per l'accesso agli interventi per il diritto allo studio (art. 46 Reg. TUImm).

Pochi ma necessari riferimenti è opportuno dedicarli al diritto all'assistenza sociale e al diritto alla casa, ambiti nei quali assai spesso si devono registrare le maggiori tensioni tra cittadini italiani e stranieri: l'accesso alle provvidenze e agli alloggi di edilizia residenziale pubblica è subordinato alla regolarità del soggiorno ed alla durata della residenza sul territorio. La condizione di partenza per poter accedere alle prestazioni di assistenza sociale (provvidenze per invalidi civili, ciechi civili, sordomuti, indigenti, persone affette da particolari patologie) è fissata dall'art. 41 TUImm nel possesso del permesso di soggiorno di durata almeno annuale ovvero della carta di soggiorno (o permesso CE per soggiornanti di lungo periodo); tali benefici possono essere previsti dalla legislazione nazionale (ad esempio la c.d. *social card*) o erogate dagli Enti locali (ad esempio i c.d. *bonus bebè*).

L'art. 40 TUImm disciplina l'accesso dello straniero all'abitazione graduandolo in relazione al titolo di soggiorno: soltanto gli stranieri titolari di carta di soggiorno e gli stranieri regolarmente soggiornanti in possesso di permesso di soggiorno almeno biennale e che esercitano una regolare attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo hanno diritto di accedere, in condizioni di parità con i cittadini italiani, agli alloggi di edilizia residenziale pubblica. La ragione è evidentemente quella di privilegiare situazioni di residenza stabile nel territorio, che denoti un certo radicamento in esso.

È importante considerare come l'abitazione costituisca il fulcro attorno al quale ruotano una serie di aspettative: il possesso di un alloggio idoneo costituisce difatti il presupposto per il rinnovo del permesso di soggiorno e per richiedere il ricongiungimento familiare. Pertanto, una limitazione di tale diritto è in grado di incidere negativamente su altri diritti fondamentali (quello ad esempio all'unità familiare) e sulle stesse condizioni di ingresso e soggiorno.

Infine il *lavoro* – fondamento del carattere democratico della Repubblica italiana a norma dell'art. 1, primo comma, Cost. – che nel caso del migrante non rileva solo (e tanto) come *diritto al lavoro*, né vale a connotarne immediatamente lo *status* (migrante lavoratore), venendo anzitutto in considerazione come *condizione per accedere* al territorio dello Stato; una volta però autorizzato all'ingresso, al lavoratore straniero regolarmente soggiornante in Italia – ha stabilito la Corte costituzionale nella sent. n. 454/1998 – deve essere garantita parità di trattamento rispetto al cittadino italiano.

Già si è ricordato come le stagioni legislative successive al TUImm abbiano tentato di aggredire taluni dei presupposti della "Turco-Napolitano"; in particolare le modifiche introdotte al TU del '98 dalla c.d. "Bossi-Fini" (l. n. 189/2002) ridefinirono in senso fortemente restrittivo le condizioni dell'ingresso e della permanenza degli stranieri, in virtù della visione dell'immigrato come un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica da una parte e come forza lavoro indispensabile all'economia nazionale dall'altra (Rossi, 2013, 69-70).

Assai farraginoso appare dunque l'accesso al mercato del lavoro per lo straniero extracomunitario: l'idea di fondo – con una evidente finalità deterrente – è quella che domanda e offerta si incontrino *a distanza* attraverso la sottoscrizione del "contratto di soggiorno", dal momento che il potenziale datore di lavoro deve manifestare la propria intenzione di assumere a tempo determinato o indeterminato un certo numero di lavoratori (o uno soltanto o proprio *quel* lavoratore straniero) presso lo Sportello Unico per l'immigrazione della Prefettura, facendosi carico dei costi dell'alloggio e di quelli dell'eventuale rimpatrio. Il tutto nei limiti fissati annualmente agli ingressi per motivi di lavoro dal c.d. "decreto sui flussi" di cui all'art. 3 TUImm.

Poco si è fatto per il lavoratore straniero irregolare, sia per quanto riguarda la previdenza sociale che per quanto ottiene alla tutela giurisdizionale del diritto alla retribuzione. Il timore di dover rispondere del reato di clandestinità di cui all'art. 10*bis* TUImm scoraggia le denunce delle situazioni di sfruttamento; l'introduzione all'art. 603*bis* cod. pen. del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (c.d. "caporalato") è senz'altro da salutare favorevolmente, ma nulla si è fatto per incentivare le denunce in ordine all'emersione dalla condizione di clandestinità.

Bibliografia essenziale

- Biondi Dal Monte F., *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, 2013 [a].
- Biondi Dal Monte F., *I diritti fondamentali degli stranieri tra discrezionalità del legislatore e sindacato costituzionale*, in E. Rossi, F. Biondi Dal Monte, M. Vrenna, (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, 2013 [b], 91 ss.
- Cuniberti M., *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Padova, 1997.
- Rossi E., *Immigrazione e diritti a quattordici anni dalla legge Turco-Napolitano*, in Id., F. Biondi Dal Monte, M. Vrenna, (a cura di), *La governance dell'immigrazione*, cit., 61 ss.
- Ruggeri A., *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*, in www.giurcost.org, 2015, I, 132 ss.

RIPE – REVISTA DO INSTITUTO DE PESQUISAS E ESTUDOS, BAURU, V.50, N.65, P.20-31, JAN./JUN. 2016.
ROMBOLI, ROBERTO. I DIRITTI FONDAMENTALI TRA DIRITTO POLITICO E DIRITTO GIURISPRUDENZIALE.

I diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale

Os direitos fundamentais entre direito político e direito jurisprudencial

Roberto Romboli[1]

SOMMARIO. 1. Diritto politico e diritto giurisprudenziale nella definizione e nella tutela dei diritti fondamentali: premessa. – 2. L'alterazione dei rapporti tra diritto politico e diritto giurisprudenziale a seguito della realizzazione dello stato costituzionale. – 3. La valorizzazione del diritto giurisprudenziale nell'ordinamento convenzionale della Cedu….. – 4. *Segue* ……e nell'ordinamento comunitario. – 5. L'incidenza della giurisprudenza costituzionale sulla definizione e sulla tutela dei diritti fondamentali: gli strumenti decisori utilizzati. – 6. L'inerzia del legislatore e l'attivismo dei giudici: i c.d. diritti nuovi ed il conflitto tra diritto politico e diritto giurisprudenziale nella vicenda Englaro.

1. *Diritto politico e diritto giurisprudenziale nella definizione e nella tutela dei diritti fondamentali: premessa.*

Nell'ambito dell'ampia letteratura e altrettanto vasta giurisprudenza relativa ai diritti fondamentali, possiamo, almeno in astratto, tenere distinti due momenti: quello, temporalmente precedente, della determinazione ed individuazione degli stessi e del loro contenuto e quello, necessariamente successivo, della loro tutela, per l'ipotesi in cui un soggetto ritenga di essere leso in un suo diritto fondamentale. Ciò può in realtà accadere sia ad opera di un atto di un privato oppure di un atto pubblico, il quale a sua volta può provenire da organi della pubblica amministrazione (atto amministrativo), dell'autorità giudiziaria (sentenza) oppure dal potere legislativo (legge o atto avente forza di legge).
Gli strumenti a disposizione dell'interessato, a seconda del tipo di atto impugnato, saranno ovviamente diversi e differenti anche i procedimenti e gli organi competenti a decidere, ma appare palese come un diritto fondamentale in tanto può ritenersi effettivamente esistente e concretamente

efficace a condizione che lo stesso sia non solamente enunciato in qualche Carta più o meno solenne, quanto garantito in maniera efficace nell'ipotesi di una sua supposta o reale violazione.
Identificazione dei diritti fondamentali e tutela quindi come momenti astrattamente separabili, ma strettamente connessi al pari di due facce della stessa medaglia.
Inserire in questa tematica quella del rapporto tra il diritto politico (derivante cioè dagli organi politicamente rappresentativi) e quello giurisprudenziale (o "culturale", secondo la definizione di Alessandro Pizzorusso) parrebbe dover tranquillamente condurre ad una facile ed immediata soluzione, in applicazione del classico principio di separazione tra i poteri: il primo momento (individuazione) spetta alla fonte politica, mentre il secondo (la tutela) rappresenta la funzione caratterizzante del potere giudiziario, che ne giustifica addirittura l'esistenza.
Come vedremo in questa lezione, richiamando alcuni profili abbastanza noti in materia, la soluzione non è in realtà così semplice, ma le due diverse forme di produzione del diritto si trovano inevitabilmente tra loro strettamente intrecciate e ciò accade a diversi livelli.
Sul primo versante (individuazione) una dimostrazione la si può trovare già nella nota problematica che attiene all'esistenza ed alla delimitazione di quelli che sono comunemente definiti "i diritti nuovi", in parte frutto dell'elaborazione giurisprudenziale e sui quali tornerò fra un momento.
Sul secondo (garanzia) innanzi tutto le forme di tutela, le condizioni ed i limiti del potere giudiziario (intendendo per il momento in esso compresa anche la Corte costituzionale) sono ovviamente derivanti da scelte del legislatore, ordinario o costituzionale. Si pensi ad esempio alla scelta se riconoscere o meno ai singoli un ricorso diretto a garanzia dei propri diritti fondamentali,

come ad esempio accade per la Costituzione spagnola e dove, dopo diversi anni di applicazione dello strumento dell'*amparo* costituzionale, lo stesso è stato profondamente modificato nel 2007 sulla base della esperienza e di come concretamente il *Tribunal constituzional* aveva interpretato ed applicato quello strumento. Oppure di quanto è accaduto ancora più di recente in Francia con l'introduzione di un giudizio in via incidentale, allo scopo dichiarato di poter intervenire sulle leggi contrastanti con i diritti fondamentali anche dopo che la legge stessa è entrata in vigore e proprio sulla base del "diritto vivente" che sulla stessa si è venuto a creare ad opera dell'interpretazione giurisprudenziale.
In certi casi poi, alcuni assai noti anche perché molto recenti, abbiamo assistito a quella situazione che è stata chiamata dei "diritti accertati, ma non tutelati", per la quale a fronte del riconoscimento dell'esistenza nel testo costituzionale di un diritto fondamentale, il giudice ha ciò nonostante ritenuto di non poter garantire lo stesso in assenza di un intervento del legislatore (mi riferisco in particolare al caso di Giorgio Welby, nel quale Pizzorusso individua una clamorosa violazione del divieto di *non liquet*, mentre Gustavo Zagrebelsky parla di "un caso patente di 'denegata giustizia' e di annientamento pratico di un principio costituzionale").
Evidente pertanto l'intreccio tra il diritto politico ed il diritto giurisprudenziale, il quale viene, se possibile, ad essere reso ancora più complesso dall'esistenza, in materia di diritti fondamentali, di una pluralità di legislatori e quindi di Carte a differente livello (Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Cedu -, Carta di Nizza – poi Carta dei diritti dell'Unione europea -, Costituzione, Statuti regionali), cui corrispondono una pluralità di giudici, ognuno dei quali con il compito specifico di tutelare i diritti riconosciuti in una Carta (Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte di giustizia Cee, Corte costituzionale e, con le loro particolarità, gli organi di garanzia statutaria).

2. *L'alterazione dei rapporti tra diritto politico e diritto giurisprudenziale a seguito della realizzazione dello stato costituzionale.*

[1] Ordinario di Diritto constituzionale nell'Università di Pisa, *Itália. E-mail* roberto_romboli@yahoo.it

Il rapporto tra diritto politico e diritto giurisprudenziale risente all'evidenza dei caratteri basilari di un ordinamento e delle origini storiche degli stessi (basti pensare alle differenze che si pongono a seconda che ci riferiamo ad ordinamenti di *common law* oppure di *civil law*).
Nell'esperienza nordamericana il ruolo che viene assegnato al giudice è quello di garante dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali, anche in particolare nei confronti del potere politico e del legislatore e come espressione della superiorità della Costituzione (potere costituente) nei confronti della legge (potere costituito).
Nel noto paragrafo 78 del Federalista di Hamilton è previsto che i giudici, a fronte di un'antinomia fra una legge fondamentale ed altra che tale non è, debbono conformare la propria pronuncia alla prima, allo stesso modo come nella successione temporale delle leggi si fa prevalere la legge successiva rispetto alla precedente. In entrambi i casi si tratterebbe di una regola di interpretazione derivante dalla natura delle cose.
E' partendo da questi principi e dal riconoscimento del ruolo dei giudici quali garanti dei diritti fondamentali previsti dalla Costituzione che, dopo pochi anni, in quel paese si realizzerà il primo modello di giustizia costituzionale, con carattere diffuso, dichiarativo ed incidentale, introdotto in via giurisprudenziale a partire dalla pronuncia *Marbury versus Madison* del 1803.
Assai diversa, e per certi aspetti quasi opposta, la situazione nell'Europa continentale, dove si assiste, come ben rilevato da Paolo Caretti, ad un passaggio traumatico dallo stato assoluto allo stato liberale attraverso una rottura con il vecchio ordinamento e la necessità quindi di stabilire un catalogo di diritti da preservare e da rafforzare.
Il compito di garante della attuazione e della effettività di questi diritti non viene però riconosciuto ai giudici, quanto prioritariamente al soggetto politico, in quanto le costituzioni appaiono principalmente come un programma politico che deve essere attuato in particolare da parte del legislatore, il quale viene quindi ad assumere in proposito un ruolo centrale.
Non altrettanto può dirsi per il giudice che viene al contrario visto con sospetto, risentendo della posizione assunta di funzionario al servizio del potere regio e ritenuto quindi di conseguenza potenzialmente ostile nei confronti dei nuovi diritti riconosciuti dalle costituzioni, oltre che privo di qualsiasi legittimazione democratica.
Le fonti del diritto si riducono pertanto sostanzialmente alla sola legge e netto è il primato della scelta politica sulla giurisdizione, espressa da funzionari, meccanici applicatori della legge, cui non è riconosciuto alcun margine di discrezionalità neppure in sede di interpretazione della stessa (si pensi all'istituto del *référé législatif*, sul quale è intervenuto di recente Alessandro Pace). I giudici sono la mera "*bouche de la loi*", secondo la celebre definizione di Montesquieu.
L'eventuale contrasto tra le legge e la costituzione non viene, di conseguenza, risolto alla maniera appena vista con riguardo all'ordinamento nordamericano, ma attraverso l'esaltazione della democrazia rappresentativa. La legge, in quanto approvata dai diretti rappresentati del corpo elettorale e quindi espressione della sovranità popolare, non può che essere "giusta" e comunque non può essere posta in discussione da alcuno, tantomeno da parte dei giudici.
L'onnipotenza del legislatore e l'assenza di limiti precludono quindi qualsiasi ipotesi di controllo di costituzionalità sotto l'aspetto sostanziale ed impediscono quindi il sorgere di una giustizia costituzionale.
La situazione subisce un profondo mutamento con le costituzioni successive alla seconda guerra mondiale, approvate a seguito ed in risposta alle esperienze degli ordinamenti totalitari ed autoritari nazisti e fascisti, i quali fanno cadere l'illusione di una legge comunque giusta, in quanto espressione della sovranità popolare, risultando evidente come una maggioranza parlamentare possa approvare, seguendo le regole procedimentali e le maggioranze previste, leggi (si pensi a quelle razziali) palesemente contrarie a diritti fondamentali o inviolabili della persona umana.

[1] Ordinario di Diritto constituzionale nell'Università di Pisa, *Itália. E-mail* roberto_romboli@yahoo.it

Da qui la necessità di preservare dalle scelte di maggioranza certi principi e certi diritti fondamentali, inscrivendoli in un atto solenne quale la costituzione e dotando però contemporaneamente la stessa di un forza giuridica superiore alla legge. Nascono così le costituzioni rigide e la necessità di individuare un giudice ed un procedimento attraverso il quale garantire tale superiorità darà vita ai differenti modelli di giustizia costituzionale. Questi, a causa della diffidenza verso l'autorità giudiziaria prima ricordata, si orienteranno verso un sistema accentrato e non diffuso e quindi caratterizzato dalla istituzione di un nuovo e particolare giudice, individuato in un Tribunale costituzionale o in una Corte costituzionale oppure, come in Francia dove la diffidenza come noto era ed è assai maggiore, in un meno significativo (già dal nome) Consiglio costituzionale.

Le ripercussioni dell'approvazione e dell'entrata in vigore di una costituzione rigida sul rapporto tra diritto politico e diritto giurisprudenziale appaiono subito evidenti e possono, per il momento, essere sintetizzate principalmente in due aspetti, il primo concernente il controllo di costituzionalità delle leggi ed il secondo il potere interpretativo del giudice.

Sul primo versante la scelta per il modello di giustizia costituzionale comporta, oltre come detto l'opzione per un sistema accentrato, anche l'individuazione delle vie di accesso tali da consentire al Giudice costituzionale di intervenire sul controllo delle leggi e quindi sulla garanzia dei diritti fondamentali nei riguardi delle scelte legislative.

In Italia il sistema individuato attraverso le norme costituzionali e quelli di legislazione ordinaria direttamente attuative delle prime, delinea, in maniera più o meno consapevole dato il percorso un po' accidentato che venne seguito, una forma di controllo che vede nell'autorità giudiziaria un elemento di estrema importanza per la realizzazione dello stesso.

A differenza infatti di altri modelli che in quegli anni, ed in quelli immediatamente successivi, vengono realizzati, il nostro si fonda quasi esclusivamente sulla via incidentale, non essendo previste forme di ricorso diretto né da parte dei singoli interessati, né da parte di soggetti pubblici, quali il Presidente della repubblica, le minoranze parlamentari o altri. L'unica via principale è infatti costituita dal ricorso dello Stato (cioè del governo) nei riguardi delle leggi regionali e delle regioni nei confronti di leggi statali (ma solamente allo scopo di far valere eventuali violazioni delle competenze legislative riconosciute dal titolo V della parte seconda della Costituzione).

Se a ciò aggiungiamo che le regioni ordinarie inizieranno, come noto, a funzionare concretamente solo all'inizio degli anni Settanta del secolo scorso, se ne deriva che l'unica via di accesso, attraverso la quale investire la Corte costituzionale ed ottenere una garanzia dei diritti fondamentali, è appunto quella incidentale, la quale assume quindi il ruolo non di "una" delle vie di accesso, bensì dell'"unica" via di accesso.

Da qui l'importanza centrale che viene ad assumere la sensibilità della magistratura ai nuovi principi costituzionali ed il ruolo assolutamente decisivo del raccordo tra autorità giudiziaria e Giudice costituzionale.

Il secondo aspetto, all'evidenza strettamente collegato al primo, discende dalla acquisita consapevolezza (una volta superata la distinzione tra norme costituzionali programmatiche e norme precettive) che la Costituzione non rappresenta (o non rappresenta solamente) un programma politico rivolto al legislatore, ma ha natura di fonte del diritto, come tale rivolta anche ai giudici e da questi direttamente applicabile.

La presenza nella Costituzione di principi, oltre che di regole, comporta inevitabilmente un ampliamento del potere interpretativo dei giudici (si pensi in particolare ai c.d. diritti sociali) e quindi del ruolo e dell'incidenza del diritto giurisprudenziale, come risulterà più evidente allorché negli anni Novanta del secolo scorso si porrà il tema della necessaria interpretazione della legge in conformità alla Costituzione, su cui tornerò fra breve.

[1] Ordinario di Diritto constituzionale nell'Università di Pisa, *Itália. E-mail* roberto_romboli@yahoo.it

La valorizzazione del diritto giurisprudenziale deriva anche dai rapporti che vengono, con sempre maggiore rilevanza, a porsi tra l'ordinamento nazionale e gli ordinamenti sopranazionali ed in specie quello convenzionale della Cedu e quello comunitario dell'Unione europea. Pertanto prima di tornare e concludere sull'ordinamento nazionale farò alcuni cenni, per i profili che interessano questa lezione, ai rapporti con i due surricordati ordinamenti ed alla valorizzazione della giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo.

3. *La valorizzazione del diritto giurisprudenziale nell'ordinamento convenzionale della Cedu…..*

Iniziando con il primo, la Cedu trova, come a tutti voi noto, il suo giudice nella Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale nelle ipotesi di supposta violazione della Convenzione può essere attivata secondo regole e procedure espressamente previste e con carattere sussidiario rispetto alle garanzie riconosciute da parte delle autorità nazionali.
A differenza del giudizio sulle leggi davanti al Giudice costituzionale – il quale assume, in maniera più e meno marcata, una natura "oggettiva" data dal raffronto fra due atti normativi – il giudizio della Corte europea è sempre un giudizio concreto, avente ad oggetto una specifica fattispecie e quindi assume una coloritura maggiormente "soggettiva", anche quando la violazione della Cedu viene individuata in una legge nazionale.
L'effetto della decisione della Corte europea è quello della condanna ad un risarcimento ed è quindi privo di effetti diretti nell'ordinamento nazionale, in cui l'atto in questione continua pertanto ad essere valido ed applicabile, pur se è comunque indubbia l'efficacia "culturale", indipendentemente da quella giuridica, che non può non riconoscersi alle decisioni della Corte di Strasburgo. In molti casi infatti (si pensi da ultimo alle decisioni in ordine alla presenza del crocifisso nelle aule scolastiche) quelle decisioni assumono un significato che va oltre i confini del singolo stato parte del giudizio per svolgere effetti (appunto di tipo "culturale") anche nei riguardi di altri stati alle prese con problemi del tutto analoghi quando non addirittura identici.
L'efficacia del diritto giurisprudenziale, di produzione convenzionale, nel nostro ordinamento ha pertanto sempre esercitato una certa influenza, ma questa è risultata limitata da una concezione assai formalistica, spesso per questo criticata, della natura della Cedu nel nostro sistema delle fonti.
Nonostante infatti l'indiscutibile carattere "sostanzialmente" costituzionale della Convenzione, evidente ad una semplice anche superficiale lettura del suo contenuto, per molti anni la stessa è stata ritenuta formalmente avente valore di legge ordinaria, sul presupposto della sua approvazione da parte dell'Italia e quindi del suo inserimento nel nostro ordinamento attraverso una legge ordinaria. Ciò ha escluso, secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale, che le norme convenzionali potessero essere invocate come parametro per i giudizi costituzionali, ammettendo solo che potessero valere come riferimento *ad abundantiam* al fine di orientare circa l'una o l'altra delle possibili interpretazioni di una disposizione formalmente costituzionale.
Di recente (2007) abbiamo assistito in materia ad un mutamento di grosso rilievo, da tutti sottolineato, e che vorrei richiamare solo con riguardo al tema in oggetto della valorizzazione del diritto giurisprudenziale.
Anche ad evitare che i giudici comuni procedessero (come in alcuni casi era avvenuto) ad una diretta disapplicazione della legge ritenuta in contrasto con la Cedu, al pari di quanto accade per il diritto comunitario, la Corte costituzionale con due pronunce, note come "sentenze gemelle" (nn. 348 e 349 del 2007), ha ritenuto che la nuova formulazione dell'art. 117, 1° comma, Cost. - la quale impegna lo stato e le regioni al rispetto, nell'esercizio delle loro funzioni legislative, degli obblighi internazionali – deve portare a riconsiderare la collocazione nel nostro ordinamento delle norme della Cedu.

[1] Ordinario di Diritto constituzionale nell'Università di Pisa, *Itália. E-mail* roberto_romboli@yahoo.it

In particolare, pur non giungendo a riconoscere alle stesse il valore di disposizioni costituzionali e quindi di possibile parametro di costituzionalità, la Corte perviene allo stesso risultato applicando ad esse la c.d. teoria della norma interposta, tipica ad esempio tra l'altro dei rapporti a livello interno tra decreto legislativo e legge delega. In base a tale teoria la violazione della disposizione convenzionale ad opera della legge si porrebbe indirettamente in contrasto con la previsione dell'art. 117, 1° comma, Cost., fungendo la prima da norma interposta tra la legge e la Costituzione.
L'aspetto che maggiormente ci interessa è il riferimento che la Corte costituzionale fa alla giurisprudenza della Corte europea, allorchè afferma che una caratteristica della Cedu è quella di avere un proprio giudice, cui è assegnato il compito di interpretare la Convenzione, la quale quindi deve ritenersi "vivente" nella lettura fornita dalla Corte di Strasburgo, in quanto gli obblighi assunti dallo Stato italiano comprendono sia l'esistenza di quel giudice, sia il riconoscimento delle funzione interpretativa del medesimo. Più in specifico il giudice nazionale ha l'obbligo di seguire in via primaria l'interpretazione della legge conforme alla Cedu, mentre la garanzia di uniformità dell'interpretazione spetta alla Corte europea, cui è riservata pure l'ultima parola, la quale deve essere accettata dagli stati membri.
La mancata parificazione della Cedu ad una fonte costituzionale comporta, ad avviso della Corte, che qualora la norma convenzionale, così come interpretata dal suo giudice, si ponga in contrasto con i principi costituzionali, essa può essere espunta dall'ordinamento attraverso la dichiarazione di incostituzionalità della legge per la parte in cui ha introdotto quella norma nel nostro ordinamento.
Due anni dopo (2009) gli stessi due giudici costituzionali (Silvestri e Tesauro) sono relatori ed estensori di altre due pronunce (nn. 311 e 317), contenenti interessanti specificazioni alle affermazioni precedentemente ricordate.
La prima decisione assume, per l'argomento di questa lezione, un particolare interesse dal momento che tocca uno dei temi classici dei rapporti tra diritto politico e diritto giurisprudenziale, ossia quello delle leggi di interpretazione autentica e dei limiti alla loro utilizzabilità. In particolare veniva invocata la violazione dell'art. 6 Cedu per il caso di una legge la quale andava ad incidere sui giudizi in corso allo scopo di modificare, con riguardo al caso specifico, l'interpretazione seguita dall'autorità giudiziaria della legge interpretata autenticamente. A rendere più evidente e grave la violazione stava il fatto che la legge interveniva in una causa in cui era parte lo stato ed allo scopo di ottenere così una decisione a lui favorevole e sfavorevole alla parte privata.
A parte altre precisazioni che non attengono però al nostro argomento, di particolare interesse sono invece quelle relative al margine di apprezzamento che dovrebbe riconoscersi allo stato membro nell'interpretazione della Cedu, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.
Sulla base di quest'ultima sarebbero da escludere, ai sensi dell'art. 6 Cedu, leggi di interpretazione autentica che influiscono sui giudizi in corso "salvo motivi imperativi di interesse generale".
La Corte costituzionale ha sostenuto (sent. 311/2009) che questa espressione non può non lasciare una parte del compito di interpretare e di identificare tali motivi agli stati, i quali sarebbero nella migliore posizione per farlo, trattandosi di interessi che si pongono alla base del potere legislativo.
Ancora più precise e puntuali le affermazioni contenute nella sent. 317 dello stesso anno, dove si sostiene che la tutela dei diritti fondamentali deve avvenire in maniera sistemica e non frazionata in una serie di norme tra loro non coordinate o addirittura in potenziale contrasto tra loro, per cui mentre la Corte europea decide necessariamente in ordine al singolo caso e sullo specifico diritto fondamentale, spetta alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di un diritto si realizzi in maniera squilibrata e con effetti negativi rispetto agli altri diritti.
In conseguenza di ciò la Corte costituzionale, mentre ritiene di non poter sindacare l'interpretazione della Cedu seguita dalla Corte europea, riconosce a se medesima la possibilità di valutare come il prodotto di quella interpretazione si inserisca nel nostro ordinamento.

[1] Ordinario di Diritto constituzionale nell'Università di Pisa, *Itália. E-mail* roberto_romboli@yahoo.it

Il margine di apprezzamento da riconoscersi agli stati membri deve determinarsi nella specie con riguardo al complesso dei diritti fondamentali e pare il caso di sottolineare come in proposito il Giudice costituzionale ha cura di precisare che la visione ravvicinata ed integrata dei diritti fondamentali può essere opera non solamente del legislatore, ma anche della stessa Corte costituzionale e del giudice comune, ognuno nell'ambito delle proprie competenze.

4. Segue *……e nell'ordinamento comunitario.*

L'ordinamento comunitario rappresenta un esempio di ordinamento in larga parte formato sulla base di un diritto giurisprudenziale e delle decisioni assunte dal giudice dei Trattati istitutivi ossia dalla Corte di giustizia delle comunità europee (poi dell'Unione europea).
Accanto ad essa operano i giudici nazionali che assumono nell'occasione anche la veste di giudici comunitari, un giudice, come scriveva l'ex presidente della Corte di giustizia Rodriguez Iglesias, che porta due cappelli, ma con la particolarità di indossarli non uno dopo l'altro, bensì contemporaneamente.
Momento essenziale - espressione e conseguenza dell'effetto diretto del diritto comunitario negli ordinamenti nazionali e del primato dello stesso - è rappresentato dalla pregiudizialità comunitaria, ossia dalla facoltà dei giudici nazionali o dall'obbligo (per quelli di ultima istanza) di chiedere l'intervento della Corte di Lussemburgo allorché si ponga un dubbio relativamente al significato da attribuire alla normativa comunitaria.
Le ragioni della stessa sono quelle indicate da Tocqueville con riguardo alla situazione nordamericana, allorché osservò come non può sussistere uno stato se le sue leggi possono essere interpretate in ventiquattro modi differenti e consistono nella necessaria uniformità nella interpretazione e nella applicazione del diritto comunitario. Necessità sottolineata pure dalla nostra Corte costituzionale che ha rilevato come la mancata proposizione della pregiudizialità arrecherebbe lesione al "generale interesse alla uniforme applicazione del diritto comunitario" (sent. 103/2008).
La pregiudiziale comunitaria, al pari *mutatae mutandis* di quella costituzionale, segna un momento di collaborazione tra i giudici nazionali (con il cappello di giudici comunitari) e la Corte di giustizia, con una teorica ripartizione di competenze che dovrebbe fondarsi sulla distinzione tra l'attività di interpretazione del diritto comunitario, spettante alla Corte e quella di applicazione del diritto comunitario o di quello nazionale, alla luce del primo, spettante invece ai giudici nazionali.
In realtà il sistema è finito per operare in maniera sostanzialmente diversa ed un punto privilegiato per notare la trasformazione ed il reale rapporto che si è venuto a porre tra interpretazione ed applicazione, è dato dall'affermarsi del principio della interpretazione conforme al diritto comunitario.
La giurisprudenza della Corte di giustizia fin dal 1984 ha affermato che, nell'applicare il diritto nazionale, il giudice deve interpretare lo stesso alla luce del diritto comunitario e sottolineato come l'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale è inerente al sistema del Trattato in quanto l'obbligo di interpretazione conforme deve ritenersi un "effetto strutturale" della normativa comunitaria, concludendo pertanto che il giudice, quando è possibile seguire un'interpretazione conforme, non deve procedere alla disapplicazione del diritto nazionale, che diviene quindi una *extrema ratio*.
Il giudice comune pertanto, in caso di dubbio circa il significato da attribuire al diritto comunitario, deve chiedere l'intervento della Corte di giustizia, quindi procedere, ove possibile, ad un'interpretazione del diritto nazionale conforme al diritto comunitario e altrimenti decidere il caso disapplicando il diritto nazionale in contrasto con quello comunitario.

[1] Ordinario di Diritto constituzionale nell'Università di Pisa, *Itália. E-mail* roberto_romboli@yahoo.it

Il raccordo tra i giudici nazionali e la Corte di giustizia così come in realtà è venuto a realizzarsi a seguito del modo come i primi pongono il problema pregiudiziale alla seconda e della forma ed efficacia che assume la conseguente risposta di quest'ultima ("la direttiva X osta ad una disciplina nazionale che preveda ……." oppure "l'art. Y del TCE deve interpretarsi nel senso che osta ad una regola quale quella dell'art. Z della legge nazionale XY"), si è di fatto risolto in un'attività di interpretazione del diritto nazionale che viene inevitabilmente ad incidere sull'applicazione dello stesso.

Come puntualmente dimostrato nel recente volume di Tommaso Giovanetti (*L'Europa dei giudici*) le risposte alle richieste dei giudici nazionali da parte della Corte di Lussemburgo sono spesso assai simili, nella forma e negli effetti, alle sentenze interpretative di rigetto o di accoglimento oppure in altri casi alle additive o alle sostitutive della nostra Corte costituzionale.

Il rinvio pregiudiziale sempre più è venuto trasformandosi da strumento di interpretazione a strumento di produzione del diritto ed appare convincente Roberta Calvano quando parla in proposito di forme di "sindacato occulto" sulla legislazione nazionale da parte del Giudice comunitario.

Come da tempo riconosciuto anche da parte della giurisprudenza costituzionale, le sentenze interpretative della Corte di giustizia assumono nel nostro ordinamento l'efficacia di fonte del diritto, anche se questo dovrebbe valere limitatamente all'interpretazione del diritto comunitario e non anche del diritto nazionale considerato.

In certi casi viene fatto di chiedersi, a seguito di quanto adesso riassuntivamente richiamato, quale diritto il giudice nazionale viene in realtà ad applicare, se quello nazionale, quello comunitario o ancora un diritto "misto". La domanda e la difficoltà di dare una risposta certa deriva dal fatto che non è facile distinguere con un taglio netto il diritto comunitario dal diritto nazionale interpretato in conformità al primo, come pure l'attività di interpretazione da quella di applicazione del diritto.

La valorizzazione del diritto giurisprudenziale è del resto evidente da quei casi in cui, attraverso il suddetto raccordo tra giudici comuni e Corte di giustizia, viene all'evidenza superata la scelta politica del legislatore.

Si pensi al caso della nozione di rifiuto, accaduto qualche anno fa. In giurisprudenza si era venuto a creare un "diritto vivente" secondo cui la normativa nazionale veniva interpretata alla luce della giurisprudenza comunitaria. Il governo, il quale evidentemente non aveva condiviso tale giurisprudenza, adottò un decreto legge con cui veniva fornita l'interpretazione autentica della normativa in questione in senso ovviamente diverso. I giudici nazionali allora proposero alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale con la quale chiedevano alla stessa se fosse conforme al diritto comunitario una nozione di rifiuto quale quella accolta dal testo approvato dal governo italiano. La Corte rispose che non lo era e quindi i giudici procedettero alla disapplicazione della normativa suddetta e tornarono ad applicare la nozione di rifiuto già indicata ed accolta dal diritto vivente.

La valorizzazione del diritto giurisprudenziale potrebbe venire in qualche misura ulteriormente valorizzata dalla recente scelta operata dalla Corte costituzionale la quale, come ampiamente sollecitato da larga parte della dottrina, è finalmente uscita dal suo isolamento sollevando per la prima volta essa stessa una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia (ord. 103/2008), dopo che per molto tempo aveva ritenuto di non poter essere qualificata come "autorità giudiziaria" ai fini dell'obbligo di proporre questioni pregiudiziali.

Se è vero che al momento la Corte ha tenuto a sottolineare come questo valga solo per il giudizio sulle leggi proposto in via principale, in quanto manca un giudice legittimato a proporre la questione pregiudiziale, è altrettanto vero, come esattamente rileva Federico Sorrentino, che la vera novità della decisione sta nel fatto che la Corte costituzionale si è ormai qualificata come autorità legittimata a proporre questioni pregiudiziali, per cui adesso non resta che attendere gli sviluppi di

[1] Ordinario di Diritto constituzionale nell'Università di Pisa, *Itália. E-mail* roberto_romboli@yahoo.it

questa affermazione, la quale dovrebbe valere non solo per il giudizio principale, ma per tutti i casi in cui, per diverse ragioni, non vi sia un giudice legittimato a proporre la questione pregiudiziale (insomma potremmo dire, se son rose fioriranno).

5. *L'incidenza della giurisprudenza costituzionale sulla definizione e sulla tutela dei diritti fondamentali: gli strumenti decisori utilizzati.*

Tornando infine all'ordinamento interno, il ruolo del diritto giurisprudenziale nella determinazione dei diritti fondamentali è abbastanza noto, per cui mi limiterò a ripercorrere gli aspetti più importanti, richiamando in proposito gli ultimi casi, anche molto clamorosi, che hanno nuovamente posto all'attenzione il rapporto tra il diritto giurisprudenziale e quello politico.
Partendo dal nostro sistema di giustizia costituzionale ed intendendo con ciò il raccordo che si è venuto in concreto a creare tra la Corte costituzionale ed i giudici comuni, appare non condivisibile la tesi sostenuta da Livio Paladin, secondo cui l'aver limitato l'accesso alla Corte alla via incidentale avrebbe fatto sì che questa si presenti sempre più come giudice della ragionevolezza delle scelte legislative e non come garante dei diritti fondamentali, in quanto i profili attinenti alla garanzia delle libertà sarebbero, nel complesso della giurisprudenza costituzionale, piuttosto marginali, concludendone che solo l'introduzione di un ricorso diretto consentirebbe di poter parlare di giurisdizione costituzionale delle libertà e di porre la Corte in una posizione di sovraordinazione rispetto a tutte le altre autorità pubbliche.
Una valutazione su come concretamente si è realizzato il controllo incidentale sulle leggi in Italia e sulla natura che ha quindi assunto il modello "vivente" di giustizia costituzionale, mostra infatti inequivocabilmente come la Corte abbia tendenzialmente assunto, in stretta correlazione e cooperazione con il giudice comune, sempre più il ruolo di giudice dei diritti e sempre meno quello di giudice delle norme e come non si possa disconoscere che la effettiva consistenza e fisionomia dei diversi diritti fondamentali, ed in particolare l'individuazione dei limiti cui gli stessi possono ritenersi soggetti, è essenzialmente il frutto della giurisprudenza costituzionale, dal momento che il terreno su cui più proficuamente si è svolta l'opera della Corte di concretizzazione dei valori costituzionali è stata proprio quella dei diritti.
A tal fine la Corte ha "creato" tutta una serie di strumenti decisori tali da consentirle di raggiungere i risultati massimi possibili con riguardo allo specifico momento politico-istituzionale, pur restando sempre attenta a non spingersi troppo oltre nel sindacare le scelte politiche proprie del potere legislativo.
Si pensi per tutte alle c.d. sentenze manipolative, nella veste di additive o di sostitutive, attraverso le quali, a seguito dell'intervento del Giudice costituzionale, il testo della disposizione viene sostanzialmente modificato con effetto immediato a seguito della pubblicazione della decisione sulla Gazzetta ufficiale e senza la necessità di un intervento legislativo.
La giustificazione delle crisafulliane "rime obbligate", esistendo le quali la Corte costituzionale si limiterebbe ad inverare un significato già interamente presente nell'ordinamento e derivante tutto direttamente dal dettato costituzionale, appare in realtà molto ingegnosa, ma poco realistica. Moltissimi sono infatti, come sapete,i casi in cui gli interventi creativi della Corte difficilmente potrebbero davvero ritenersi derivare inequivocabilmente e senza alternative dal dettato costituzionale.
Un tipo di decisione, impiegato fin dall'inizio dalla Corte, che ha svolto un'importanza decisiva, seppure il relativo dispositivo non sia dotato di efficacia vincolante, è quello delle sentenze interpretative di rigetto. Attraverso queste sentenze, formalmente di infondatezza, la Corte fornisce un'interpretazione che viene indicata come l'unica tale da salvare la disposizione impugnata da una

[1] Ordinario di Diritto constituzionale nell'Università di Pisa, *Itália. E-mail* roberto_romboli@yahoo.it

dichiarazione di incostituzionalità e tale sovente da attribuire alla stessa un significato diverso (a volte opposto) da quello cui il legislatore storico (in certi casi pre-repubblicano) aveva pensato.
L'azione della Corte costituzionale si rivelerà di decisiva importanza per la garanzia dei diritti fondamentali in quanto,da un lato,evita di creare vuoti normativi – come sarebbe accaduto a seguito di una sentenza di incostituzionalità – a fronte di un parlamento non particolarmente attento ed attivo nell'opera di defascistizzazione dell'ordinamento e dall'altro cerca di imporre le sue letture costituzionalmente orientate ad una magistratura che era ancora quella formatasi sotto il regime precedente e risultava anche per questo poco sensibile ai nuovi principi costituzionali (come aveva mostrato il periodo di controllo diffuso di costituzionalità degli anni 1948-1955).
Per molto tempo le letture costituzionalmente orientate delle disposizioni legislative sono risultate essere svolte dalla Corte in un situazione quasi monopolistica, mentre a partire dagli anni Novanta del secolo scorso questa funzione interpretativa è stata progressivamente delegata ai giudici comuni.
Un primo strumento utilizzato è stato quello delle c.d. sentenze additive di principio, quali sottospecie delle additive-autoapplicative e caratterizzate dal fatto che con la dichiarazione di incostituzionalità la Corte non provvede direttamente alla ricostruzione della norma, ma si limita a fissare un principio, cui dovrà ispirarsi *in primis* il legislatore, ma poi anche i giudici.
Questo tipo di pronuncia viene presentato come espressione di rispetto da parte della Corte dello spazio riservato alle scelte del legislatore, ma in realtà ottiene il risultato di "aprire" la possibilità di interventi diretti da parte del giudice comune, una volta liberato dall'ostacolo rappresentato dal dettato normativo dichiarato incostituzionale.
A fronte infatti dell'inerzia del legislatore a porre una disciplina generale della materia, sono stati i giudici che, in ciò sollecitati dalla stessa Corte, hanno fatto diretta applicazione del principio contenuto nella sentenza per risolvere i casi specifici a loro presentati, dal momento che il giudice è comunque obbligato a dare una risposta alla richiesta di giustizia.
Decisivo infine è poi risultato lo strumento della c.d. interpretazione conforme, rispetto al quale abbiamo assistito ad una chiara evoluzione della giurisprudenza costituzionale: alla ricordata situazione di monopolio è seguita quella in cui la Corte ha invitato e poi sollecitato fortemente il giudice a non rimettere ad essa le questioni di costituzionalità allorché risulti possibile dare della disposizione impugnata una lettura costituzionalmente conforme (le leggi si dichiarano incostituzionali non perché è possibile darne una lettura incostituzionale, ma solo quando non è possibile darne una lettura costituzionalmente conforme) ed infine quella attuale in cui il giudice deve dimostrare, pena l'inammissibilità della questione, di aver sperimentato ed escluso la possibilità di una interpretazione conforme della disposizione impugnata.
La progressiva "delega" di funzioni dalla Corte ai giudici comuni è avvenuta anche in considerazione dei notevoli mutamenti che dal 1956 agli anni Duemila si sono avuti all'interno della magistratura con riguardo alla realizzazione delle garanzie di autonomia, indipendenza ed imparzialità da un lato e della raggiunta sensibilizzazione ai valori costituzionali, dall'altro.
Una simile evoluzione ha fatto ritenere che i due modelli (accentrato e diffuso) si siano venuti in qualche misura ad avvicinare e proprio in ragione di ciò, specie con riferimento all'interpretazione conforme, è stato anche sostenuto che si sarebbe illegittimamente prodotta una modificazione del nostro sistema di giustizia costituzionale, la quale avrebbe richiesto un procedimento di revisione costituzionale.

6. *L'inerzia del legislatore e l'attivismo dei giudici: i c.d. diritti nuovi ed il conflitto tra diritto politico e diritto giurisprudenziale nella vicenda Englaro.*

[1] Ordinario di Diritto constituzionale nell'Università di Pisa, *Itália. E-mail* roberto_romboli@yahoo.it

In materia di diritti fondamentali è di tutta evidenza che non esistono diritti assoluti e che anche quelli espressamente definiti come tali o come inviolabili (a partire dalla libertà personale) debbono essere bilanciati con gli altri diritti pure fondamentali.
Il bilanciamento in alcuni casi è effettuato direttamente dalla Costituzione (così la libertà di manifestazione del pensiero non può andare contro il buon costume, secondo l'art. 21 Cost.), negli altri casi questo, al pari o nel momento stesso della attuazione e concretizzazione dei principi costituzionali, risulta essere di competenza del legislatore, al quale spetta il compito di interpretare ed attualizzare la Costituzione anche in considerazione dello sviluppo e della maturazione dei costumi e del sentire della società civile. In ragione di ciò uno stesso comportamento può risultare, a Costituzione invariata, ora sanzionato come reato, ora permesso, ora addirittura previsto come diritto, senza che alcuna di tali previsioni possa essere ritenuta necessariamente incostituzionale (si pensi alla disciplina dell'aborto oppure a quella dell'obiezione di coscienza al servizio militare o altre ancora).
A fronte di una scelta a tal fine operata dal diritto politico, il giudice è nelle condizioni di valutare se la stessa sia o meno conforme ai principi costituzionali, dovendo dapprima comunque sperimentare la possibilità di dare ad essa un'interpretazione (consentita ovviamente dal testo della legge) tale da attribuirle un significato costituzionalmente conforme e, qualora ciò non sia possibile, sollevare la questione di legittimità costituzionale.
Più complesso si pone il problema allorché il legislatore ritenga di non operare una scelta e di non intervenire a dettare una disciplina che dia attuazione ad un diritto fondamentale che si ritenga previsto, esplicitamente o implicitamente, dalla Costituzione.
In questi casi, a meno di non vanificare il significato assunto in materia dalla Carta costituzionale, non pare possibile riconoscere al legislatore, ossia alla maggioranza parlamentare, la possibilità di vanificare nella sostanza, con la sua inerzia, l'esistenza di un diritto costituzionale. E' quanto sembra verificarsi nei casi all'inizio menzionati dei c.d. diritti accertati, ma non tutelati, allorché a seguito del riconoscimento dell'esistenza di un diritto costituzionale, viene negata ad esso tutela invocando a giustificazione il mancato intervento del legislatore (ad esempio il già ricordato caso Welby oppure quello del riconoscimento del cognome materno).
La nostra Costituzione, com'è noto, non contiene, a differenza di altre, uno specifico e dettagliato catalogo dei diritti fondamentali e ormai da tempo la giurisprudenza costituzionale, come pure la prevalente dottrina, ha accolto in proposito la tesi dell'art. 2 Cost. quale "norma aperta", consentendo così l'individuazione di "diritti nuovi".
Questa felice espressione non deve comunque essere presa alla lettera e far pensare al fenomeno per cui gli stessi, non previsti dal testo costituzionale, vengono "creati" più o meno *ex novo* dalla giurisprudenza costituzionale o dei giudici comuni.
Il carattere rigido della Costituzione richiederebbe infatti per un'operazione del genere il procedimento della revisione costituzionale, per cui con la suddetta espressione si deve più propriamente intendere la possibilità che la nozione di "diritti inviolabili" o diritti fondamentali possa essere determinata, oltre che ovviamente attraverso l'intervento del legislatore ordinario, anche da parte della giurisprudenza, seppure con modalità e limiti diversi, essendo chiaramente diversa la loro legittimazione alla creazione del diritto.
Gli esempi di individuazione e garanzia di "diritti nuovi" da parte del Giudice costituzionale e dei giudici comuni, spesso in azione combinata, potrebbero essere moltissimi e spesso, anche di recente, sono stati segnalati eccessi ed abusi specie da parte dei secondi. Quasi emblematico è il caso del risarcimento per danni non patrimoniali per il c.d. danno esistenziale, rispetto al quale, sintetizzando al massimo, la giurisprudenza ha legato la risarcibilità alla avvenuta lesione di un diritto inviolabile, dando luogo al sorgere di un florilegio di diritti inviolabili (bagagli non pervenuti, tacco della sposa, morte del cane ecc.).

[1] Ordinario di Diritto constituzionale nell'Università di Pisa, *Itália. E-mail* roberto_romboli@yahoo.it

Questo ha causato una reazione a sua volta eccessiva nei confronti dell'attivismo dei giudici, accusati di volersi sostituire al legislatore, al quale soltanto spetterebbe l'individuazione dei diritti fondamentali, in contrasto con la giurisprudenza costituzionale la quale in diverse occasioni ha invitato, in mancanza di una specifica previsione normativa, il giudice a ricercare lui stesso la soluzione ed a garantire la tutela dei diritti fondamentali rifacendosi direttamente ai principi costituzionali. Si legge infatti in queste pronunce che "spetta al giudice, attraverso l'esercizio pieno dei poteri di interpretazione della legge e del diritto, risolvere, conformemente alla Costituzione, il problema che la rilevata lacuna normativa in ipotesi determina" (sent. 11/1998) oppure che "nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali" (sent. 347/1998).

Concludo ricordando una vicenda molto recente nella quale il tema del rapporto (non proprio pacifico) tra il diritto politico ed il diritto giurisprudenziale è apparso di tutta evidenza e che ha visto coinvolti un po' tutti i principali protagonisti dell'uno e dell'altro: il parlamento, il governo, il Presidente della repubblica, la Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte costituzionale, la Corte di cassazione ed i giudici comuni.

Mi riferisco al caso della giovane Eluana Englaro in stato vegetativo da molto tempo, per la quale il padre da anni chiedeva fosse autorizzato il distacco dalla alimentazione ed idratazione artificiali. La Corte di cassazione, e poi la corte d'appello di Milano, hanno ritenuto, attraverso una motivazione assai complessa che vi invito a leggere, di rinvenire nella Costituzione un diritto all'interruzione del trattamento, seppure tale possibilità non fosse al momento ancora disciplinata dal legislatore.

Le due camere hanno visto in queste decisioni un'illegittima invasione di campo del legislatore, sia per la materia trattata (diritti fondamentali), sia perché questi stava discutendo un'apposito progetto di legge (testamento biologico) ed hanno quindi sollevato un conflitto di attribuzione tra poteri dello stato davanti alla Corte costituzionale, sostenendo che nella specie non si sarebbe trattato di sentenze, ma di una vera e propria legge, la cui approvazione spetta solamente al parlamento.

Le tesi sostenute nei ricorsi sembravano richiamare la natura programmatica delle previsioni costituzionali (o di alcune di esse), come tali rivolte solamente al potere legislativo e inapplicabili da parte dell'autorità giudiziaria. La Corte costituzionale (ord. 334/2008) ha dato una risposta assai decisa, dichiarando il ricorso inammissibile in sede di delibazione (quindi senza neppure procedere all'integrazione del contraddittorio) e rilevando come le decisioni impugnate dovessero ritenersi atti giurisdizionali e non legislativi, come tali non impeditivi al potere politico di intervenire a disciplinare la materia.

Quando già erano iniziate le pratiche di distacco previste dal protocollo, il governo ha approvato un decreto legge con il dichiarato fine di impedire l'esecuzione della pronuncia della Corte d'appello milanese, ma il Capo dello Stato si è, per la prima volta nella storia repubblicana, rifiutato di firmare il decreto.

Le ragioni del rifiuto, ricavabili dalla lettera inviata dal capo dello stato prima dell'approvazione del decreto al Presidente del consiglio, sono individuabili a mio avviso non tanto, come qualcuno pure ha sostenuto, nella mancanza di necessità e di urgenza del decreto (il che non giustificherebbe il mancato rifiuto in ipotesi nelle quali palese era l'assenza dei requisiti costituzionali dell'art. 77 Cost.), quanto nella evidente violazione di principi essenziali del nostro ordinamento costituzionale, quale quello dell'esercizio di diritti costituzionali e della separazione dei poteri, in quanto il decreto si proponeva di impedire l'esercizio di un diritto, derivato da principi costituzionali, accertato attraverso una serie di pronunce dell'autorità giudiziaria, rispetto alle quali la Corte costituzionale ha escluso con la decisione sopra ricordata che si possa muovere il rilievo di aver sconfinato dai limiti posti dalla Costituzione all'attività giurisdizionale.

[1] Ordinario di Diritto constituzionale nell'Università di Pisa, *Itália. E-mail* roberto_romboli@yahoo.it

Privacy e nuove tecnologie, un rapporto difficile. Il caso emblematico dei *social media*, tra regole generali e ricerca di una specificità*

Privacidade e novas tecnologias, uma relação difícil. O caso emblemático das redes sociais, entre as regras gerais e a busca de uma especificidade.

Paolo Passaglia§

1. Considerazioni generali, sul contesto (e sulla delimitazione del tema)

Trattare della *privacy* in rapporto alle nuove tecnologie è esercizio quanto mai arduo. Per molteplici motivi. In primo luogo, si pone una difficoltà quasi di ordine psicologico, legata alla sensazione di un progressivo, ma inesorabile ridimensionamento della sfera entro cui gli strumenti giuridici possono valere a proteggere diritti individuali: non pare improprio, infatti, assumere che l'introduzione di nuove forme di comunicazione costituisca una costante ipoteca sulla inviolabilità della propria sfera privata e – soprattutto – sulla controllabilità della circolazione dei propri dati[1].

---

* Relazione svolta nel corso delle *IX Jornadas italiana-española-brasileña*, dedicate a «*El Derecho a la Intimidad*», svoltesi a Madrid nei giorni 22 e 23 settembre 2016.

§ Professore associato di Diritto pubblico comparato presso l'Università di Pisa.

1 L'evoluzione del concetto di «*privacy*», e segnatamente il passaggio dal *right to be let alone* alla controllabilità del trattamento dei propri dati, è tema troppo ampio per poter essere anche solo sinteticamente analizzato

In secondo luogo, caratteristica connaturata alla ricerca è la sua provvisorietà, legata all'impossibilità di proporre una pur minima ipostatizzazione: se ne ha una dimostrazione patente pensando a quanto il quadro di riferimento tecnologico vada assumendo contorni semplicemente impensabili anche solo pochi anni fa; ma l'evoluzione tecnico-scientifica è, in realtà, solo una componente del dinamismo che anima il contesto, giacché processi sociali affatto diversi incidono in maniera decisiva sulla *privacy*: un riferimento paradigmatico è, in proposito, quello alle esigenze di sicurezza collettiva, che sempre più marcatamente si intrecciano con l'utilizzo delle nuove tecnologie.

Una terza ragione di difficoltà risiede nella proliferazione di frontiere operative su cui la tematica della *privacy* si misura: la crescente pervasività delle tecnologie, ed in specie delle tecnologie della comunicazione, all'interno della società contemporanea moltiplica inevitabilmente le sedi nelle quali la *privacy* viene in gioco, sedi che sovente richiedono di impostare il bilanciamento con contrapposte esigenze in termini differenziati. A complicare ulteriormente la ricerca si pone l'onere per lo studioso di verificare se e quanto il progresso tecnologico e le nuove forme di comunicazione richiedano effettivamente l'elaborazione di regole nuove ovvero se le nuove esigenze possano essere decrittate alla luce di regole e principi già enucleati in relazione ad ambiti più tradizionali nei quali la *privacy* viene in gioco: per fare solo uno dei molteplici esempi che potrebbero prospettarsi, si pensi al contemperamento tra *privacy* ed attività giornalistica, per il quale un compiuto schema giuridico è venuto costruendosi nel corso degli anni, ma che non sembra pianamente applicabile in via estensiva al *web-journalism*[2].

Sullo sfondo di queste problematiche si stagliano, tuttavia, questioni che trascendono la *privacy*, ma che sulla *privacy* hanno un impatto troppo marcato per essere taciute. Problematiche che attengono, in generale, all'inquadramento giuridico delle nuove tecnologie, a proposito delle quali è con sempre maggiore affanno che gli strumenti regolativi tradizionalmente propri delle liberal-democrazie riescono a rispondere agli *inputs* sociali. Su questo punto specifico, poi, la panoramica inerente alle nuove tecnologie mostra assetti normativi sempre più frastagliati, sia per l'aumento dei livelli di governo chiamati ad intervenire (si pensi all'influenza della normativa sovranazionale, in particolare di matrice euro-unitaria, sui regimi nazionali) sia, soprattutto, per la disseminazione di centri produttivi di norme, centri dai quali promanano regole che si ha sovente non poche riserve finanche a qualificare come riconducibili al fenomeno giuridico (al punto di premettere l'aggettivo «*soft*» proprio per rimarcare le peculiarità di questo «*law*», ferma restando l'opportunità non di rado riscontrabile di esprimersi nei più vaghi termini di «modelli di comportamento»). E, come in un sistema perfettamente osmotico, ciò che vale per le nuove tecnologie si ripropone, in termini sostanzialmente identici, anche per la *privacy*, quanto meno (sebbene non solo) nella misura in cui la relativa disciplina si associ alle nuove tecnologie.

Tanto dirompenti sono le questioni connesse a questi ultimi rilievi che il parlare oggi di *privacy* e nuove tecnologie suggerisce di prestare attenzione, in primo e decisivo luogo, a come si compone il mosaico normativo (e para-normativo) destinato a sorreggere le soluzioni da apportare di volta in volta, in relazione a tale o a talaltra frontiera operativa. Questa, almeno, è la sensazione di chi scrive; una sensazione che si riverbera sulle scelte che hanno improntato il presente lavoro: senza che possa darsi un inventario di ragioni che fondino scientificamente le scelte operate, il riferimento a quanto si è venuti dicendo permette di cercare di tratteggiare qualche giustificazione, atta – lo si auspica – a dar conto della non arbitrarietà dell'approccio che si è inteso seguire.

---

in queste pagine. Ci si limiterà, quindi, a darlo per presupposto, rinviando a molti degli altri contributi che sono presentati nel presente incontro.

2 Sul tema, per una analisi insieme teorica e casistica, v., in part., M. PAISSAN (a cura di), *Privacy e giornalismo. Libertà di informazione e dignità della persona*, 3ª ed., Roma, ed. Garante per la protezione dei dati personali, 2012.

Due sono, in particolare, le giustificazioni che si avvertono come più solide.

Innanzi tutto, il prospettare un'analisi anche blandamente organica dell'intreccio tra tutela della *privacy* ed uso delle nuove tecnologie sarebbe un obiettivo davvero troppo ambizioso, almeno per le competenze di chi dovrebbe qui perseguirlo, giacché la multiformità degli ambiti interessati sarebbe tale da richiedere un esame grandangolare della disciplina della *privacy*, presumibilmente da estendere, almeno in fase di premessa, anche agli ambiti più tradizionali, dai quali i principi e le regole potrebbero e/o dovrebbero in parte dedursi. Con il che, peraltro, si andrebbe pure a produrre una inopportuna sovrapposizione con gli altri contributi programmati.

Inoltre, la compenetrazione sempre più inestricabile tra diritto nazionale (ai vari livelli) e diritto sovranazionale ingenera il rischio che una analisi organica basata sui contenuti concreti della disciplina risulti, in buona misura, sovrapponibile con quella che potrebbe essere proposta dal versante spagnolo, il che forse potrebbe essere riguardato alla stregua di una inutile iterazione.

In definitiva, l'approccio che pare più proficuo è quello di verificare, non già il risultato – in termini di disciplina concreta – del mosaico di norme e modelli di comportamento, bensì la trama del mosaico che si compone in relazione alle singole tematiche in cui la *privacy* viene in gioco nel quadro delle nuove tecnologie. E, nello spirito di un intervento evocativo, più che descrittivo, ad essere trattate saranno alcune fattispecie, che, al di là del loro interesse intrinseco (non maggiore, probabilmente, di quello di alcune tematiche oggetto di pretermissione), si appalesano significative, vuoi per la loro peculiarità vuoi per la loro esemplarità. Il tutto privilegiando aprioristicamente le tecnologie che possono dirsi più «nuove», con conseguente sacrificio per altre, magari ancora di maggiore impatto sociale (solo per citare un esempio emblematico, le intercettazioni telefoniche), che vengono più facilmente associate a fenomeni ormai consolidati.

Nella – probabilmente vana – ricerca di un filo conduttore che offra alla trattazione un grado minimo di unitarietà, si è ritenuto di poter filtrare le considerazioni che verranno proposte attraverso la lente dei *social media*, che presentano il duplice vantaggio di aprire una serie di problematiche che possono dirsi comuni all'intera rete e, al contempo, di stimolare l'enucleazione di talune particolarità rispetto al più generale diritto dell'*Internet*[3-4].

2. (Segue:) un sistema di protezione fluido

La scelta qui operata di concentrarsi sul sistema regolativo delle forme (e dei limiti) entro cui si prospetta la tutela della *privacy* in connessione con l'utilizzo delle nuove tecnologie (e con i *social media* in ispecie) non può non partire dalla constatazione della grande fluidità del sistema, percorso da una serie composita di tendenze, tra le quali, in particolare, spiccano: il moto ascendente – verso l'Unione europea – della regolamentazione, soprattutto per ciò che attiene alla individuazione dei

---

3 Per una ricostruzione della nascita e dell'evoluzione dei *social media*, v. M. MASSAROTTO, *Social Network*, Milano, Apogeo, 2011; G. RIVA, *I social network*, Bologna, il Mulino, 2ª ed., 2016.

4 L'impatto dei *social media* sul diritto è oggetto di sempre maggiore attenzione da parte della dottrina giuridica, generalmente oscillante tra una riconduzione della tematica al diritto generale della rete, da un lato, e la formulazione di una serie di precisazioni e l'individuazione di una serie di specificità, dall'altro. Oltre ai contributi focalizzati su aspetti determinati, possono segnalarsi lavori rivolti ad una analisi del fenomeno a più ampio spettro: cfr. R. CAFARI PANICO ET AL., *Da Internet ai Social Network. Il diritto di ricevere e comunicare informazioni e idee*, Rimini, Maggioli, 2013; S. LANDINI – M. MARRAFINO, *Social Media e Diritto*, *ebook*, Altalex, 2015; per una sintesi, v. A.R. POPOLI, *Social network e concreta protezione dei dati sensibili: luci ed ombre di una difficile convivenza*, in *Dir. informazione e informatica*, 2014, 981 ss.

principi conformativi della materia; una certa «fuga» dal formante legislativo[5], corollario della difficoltà per quest'ultimo di rispondere efficacemente alle costantemente rinnovate sfide poste dalla tecnologia; la crescita numerica, ma soprattutto di importanza dei provvedimenti generali e para-giurisdizionali di organi deputati ad assicurare il rispetto della *privacy* nella concreta dinamica dei rapporti sociali, organi che, nell'ordinamento italiano, trovano la propria massima espressione nell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali.

Dalle tematiche che possono evocarsi, e che di seguito verranno in parte prese in esame, emerge il coesistere di queste tendenze ed il loro diverso calibrarsi di volta in volta. Ne discende un quadro assai poco sistematico, fatto di soluzioni divergenti in punto di logica del sistema delle fonti: a fronte di questa disorganicità, resta da valutare il grado di efficacia che questo mosaico riesce a spiegare in concreto per la protezione della *privacy*. Anche in proposito, il caso dei *social media* offrirà spunti che non appaiono privi di interesse.

Prima di soffermarsi sull'ambito prescelto, qualche ulteriore considerazione si impone, però, sul panorama normativo che va delineandosi concretamente. Da esso si prenderanno le mosse, anche per l'individuazione delle problematiche, all'interno dei *social media*, su cui converrà appuntare precipuamente l'attenzione.

3. Il nuovo regolamento euro-unitario

Per parlare di *privacy* e di nuove tecnologie è forse opportuno partire dalla fine. Anzi, dal futuro prossimo, e cioè dal Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, «relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)», entrato in vigore nel maggio di quest'anno, ma applicabile – ai termini del suo art. 99, comma 2 – a partire dal 25 maggio 2018.

L'adozione di questo regolamento[6] segna una tappa quanto mai significativa, sia per la forma che per il contesto. La forma, innanzi tutto: il passaggio prodottosi da una direttiva ad un regolamento indica chiaramente l'avvertita esigenza di predisporre un quadro normativo il più possibile uniforme in tutta l'Unione, a testimonianza della ormai matura consapevolezza della insufficienza di un inquadramento che sia essenzialmente nazionale della protezione della *privacy*. Proprio al riguardo emerge l'importanza del contesto, che il progresso tecnologico ha semplicemente *rivoluzionato* rispetto a quello nel quale la direttiva del 1995[7] si muoveva, ma anche rispetto a quello che era stato tenuto presente al momento dell'adozione delle direttive 2002/21/CE[8] e 2002/58/CE[9], e successive modifiche, le quali, con la direttiva del 1995, hanno formato per molto (troppo?) tempo il tessuto connettivo della protezione dei

5 Il riferimento va, ovviamente, alla teoria dei formanti elaborata da Rodolfo Sacco, su cui v., ora, R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 1991, n. 1, 1 ss., e n. 2, 343 ss.

6 Sul quale, v., per un primo commento, M. IASELLI, *Privacy: cosa cambia con il nuovo regolamento europeo*, *ebook*, Altalex, 2016.

7 Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati

8 Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro).

9 Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche).

dati personali con riguardo alle comunicazioni elettroniche. Il recentissimo regolamento vuole essere la risposta normativa, organica e – per quanto possibile – compiuta, a quella massa di *inputs* sociali moltiplicatisi ed articolatisi in ragione dello sviluppo delle potenzialità della *Information and communications technology*.

Come è chiaro, il regolamento è destinato ad avere un impatto notevole sulla concreta disciplina del trattamento dei dati personali. Sarebbe difficile, del resto, non riconoscere la portata delle novità introdotte. In questa sede, tuttavia, più che soffermarsi su singoli profili dell'impianto normativo del regolamento, si ritiene che possa essere utile rimarcare il significato di questo atto, il quale, se è vero che risponde all'esigenza di strutturare uno *jus commune* europeo, è anche vero che non segna un cambiamento radicale per ciò che attiene al *quantum* di autenticamente normativo si trova nei modelli di comportamento che conformano la prassi del trattamento dei dati personali.

Proprio quest'ultimo aspetto merita di essere evidenziato, nella misura in cui è indice di una tendenza che appare ormai ineluttabile al progressivo abbandono dei paradigmi normativi tradizionali in favore di modelli di comportamento che sono annoverabili, al più, nello schema del *soft law*. In tal senso, non può non rilevarsi l'elevato numero di rinvii che il regolamento reca a codici di condotta, il che non suona certo come una novità, né in riferimento ai pregressi interventi delle istituzioni euro-unitarie né avendo riguardo alla disciplina interna[10]. Ma non si tratta di una semplice conferma: il *quid pluris* rispetto a questi precedenti è costituito dal fatto che il regolamento è stato concepito proprio in chiave di normativizzazione di un contesto in cui si avvertivano lacune regolative; da ciò si deduce che, se questa normativizzazione a livello europeo non ha prodotto una significativa contrazione degli spazi per l'autodisciplina, l'immagine che viene alla mente è quella di un gioco a somma zero tra livelli di regolamentazione (nel senso che l'attrazione a livello sovranazionale del «giuridicamente disciplinabile» produce, in definitiva, quasi solo l'effetto di essiccare i margini di manovra dei poteri normativi nazionali), assortita dalla sanzione della (definitiva?) abdicazione dell'*hard law* in relazione ad una serie di ambiti connessi alla *privacy* nello spettro delle nuove tecnologie.

I modi e l'entità di una tale abdicazione variano, ovviamente, a seconda delle tematiche specifiche che si affrontino. Anche solo scorrendo il regolamento, in effetti, emerge come l'impatto della normativa approntata presenti un grado sensibile di mutevolezza, oscillando dalla ricerca di una quasi-codificazione[11] all'abbandono espresso, passando per un silenzio che lascia, sì, impregiudicata la possibilità di un intervento conformativo, ma che, allo stato, finisce per produrre i risultati di una acquiescenza nei confronti di una regolamentazione proveniente da fonti diverse. Con riferimento ai *social media*, le velleità di codificazione non sono evidentemente state sollecitate; l'articolazione e la complessità del tema rendono, comunque, impossibile ricondurre ad unità l'impostazione adottata: complessivamente, pare di poter dire che il regolamento, pur non restando del tutto inerte, non è riuscito

10 Con riguardo a «la "giuridicizzazione" delle regole deontologiche nella legislazione», in particolare ad opera del Codice della *privacy*, v., di recente, A. BELLELLI, *Il problema della giuridicità delle regole deontologiche delle professioni*, in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2014, spec. 84 ss.

11 Un esempio tra i più indicativi di questa dimensione è dato dalla ricerca di una regolamentazione del diritto all'oblio, espressamente contemplato dall'art. 17 del regolamento euro-unitario, il cui tessuto normativo evidenzia lo sforzo di fornire un quadro giuridico sufficientemente preciso da indirizzare una prassi, che si è finora orientata sulla base di quanto la Corte di giustizia ha avuto modo di affermare, segnatamente nella sentenza *Google Spain*, causa C-131/12, del 13 maggio 2014, come attuata attraverso le *Guidelines on the Implementation of the Court of Justice of the European Union Judgment on "Google Spain and Inc. v. Agencia EspaÑola de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González" C-131/12*, adottate, il 26 novembre 2014, dal Gruppo di lavoro *ex* Articolo 29, e come concretizzata a livello nazionale (in special modo da parte dell'Autorità Garante, stante la pressoché totale assenza di decisioni rese di recente da parte di giudici italiani).

a penetrare in maniera compiuta nella materia, lasciando così sussistere, in larga misura, vecchie incertezze.

4. Regolamento euro-unitario e *social media*: un rapporto complesso

Se è fin troppo scontato affermare che uno dei canali principali nei quali si estrinseca l'utilizzo delle nuove tecnologie è quello dei *social media*, già questo rilievo pare sufficiente per dar conto dell'importanza di un sistema di tutela della *privacy* che coinvolga anche questi strumenti. Non può dunque non sorprendere che il regolamento euro-unitario, non solo non affronti espressamente la questione, ma anzi tenda ad escluderla dal suo ambito di applicazione. Il *considerando* 18, testualmente ripreso poi dall'art. 2, par. 2, lett. *c*), è, al riguardo, quanto mai esplicito: «il presente regolamento non si applica al trattamento di dati personali effettuato da una persona fisica nell'ambito di attività a carattere esclusivamente personale o domestico e quindi senza una connessione con un'attività commerciale o professionale». Nel medesimo *considerando* si precisa ulteriormente che «le attività a carattere personale o domestico potrebbero comprendere la corrispondenza e gli indirizzari, o l'uso dei *social network* e attività *online* intraprese nel quadro di tali attività».

Si fa salva comunque l'applicazione del regolamento «ai titolari del trattamento o ai responsabili del trattamento che forniscono i mezzi per trattare dati personali nell'ambito di tali attività a carattere personale o domestico».

La normativa che ne risulta è, per quanto attiene all'ambito di applicazione, sostanzialmente coincidente con gli approdi cui è giunta la prassi nella vigenza della direttiva del 1995. Si ha, in sostanza, un forte elemento di continuità, a proposito del quale non è ozioso interrogarsi in termini di effettiva opportunità rispetto alle problematiche che sono emerse e, soprattutto, che potrebbero venire in essere in futuro. Sul piano teorico, pare difficile contestare che si sia persa un'occasione importante: la rivisitazione *ab imis* della normativa euro-unitaria sulla *privacy* si prestava senz'altro a diventare un momento atto a chiarire i contorni dell'applicabilità della stessa ad un settore, quale quello dei *social media*, già molto sviluppato, ma soprattutto in grande espansione. Sul piano concreto, poi, la mancata definizione dell'ambito di applicabilità lascia aperti interrogativi non trascurabili sulla protezione della *privacy* in relazione alle attività poste in essere sui *social*, in special modo per quanto concerne la disciplina da applicare effettivamente alle singole attività, imponendosi sovente una scelta, quasi *caso per caso*, legata all'individuazione delle attività che possono farsi rientrare tra gli oggetti disciplinati dal regolamento, di quelle che, pur nella loro peculiarità, possono conoscere una sorta di applicazione analogica, anche *pro parte*, del regolamento e di quelle per le quali, invece, la disciplina è da individuarsi al di fuori, sovente per il tramite di una tendenziale equiparazione tra attività poste in essere nel mondo virtuale e corrispondenti attività del mondo reale.

4.1. L'ambito di applicazione: la conferma delle vecchie incertezze

Onde chiarire l'impatto che il regolamento ha sui *social media*, è da rimarcare, innanzi tutto, la pressoché completa sovrapponibilità con la direttiva del 1995 delle definizioni di alcuni concetti-chiave. Il riferimento va, in primo luogo, al «trattamento» dei dati personali[12], ma alle medesime conclusioni

12 Le differenze tra il testo dell'art. 4, n. 2), del regolamento e l'art. 2, lett. *b*), della direttiva sono, almeno ai presenti fini, assolutamente di dettaglio, come si evince dalle indicazioni che si riportano in corsivo all'interno del testo attualmente vigente: «qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi

deve giungersi con riguardo alla nozione di «titolare del trattamento», in tutto equivalente al precedente «responsabile del trattamento»[13], ed a quella di «responsabile del trattamento», corrispondente al precedente «incaricato del trattamento»[14].

Se a questa congruenza si aggiunge quella inerente alla sopra accennata *household exemption*[15], il quadro che emerge è quello di una conferma del regime precedente, e dunque un implicito avallo di quelle letture dell'ambito di applicazione che erano state fatte in riferimento ai *social media*. Tra tutte, la più chiara era anche quella probabilmente più autorevole, per quanto priva di carattere autoritativo, tratteggiata nel parere 5/2009 – WP 163 «sui *social network on-line*», adottato il 12 giugno 2009 dal Gruppo di lavoro per la tutela dei dati *ex* art. 29[16].

Nel documento si sono individuate tre categorie di «responsabili» (nella terminologia più recente, «titolari») del trattamento. La prima corrisponde ai fornitori di *social network services*, i quali, per un verso, «mettono a disposizione i mezzi per l'elaborazione dei dati degli utenti e forniscono tutti i servizi di base relativi alla gestione degli utenti (per esempio, la registrazione e la cancellazione degli account)», e per l'altro «determinano […] il modo in cui i dati degli utenti possono essere usati a fini pubblicitari e commerciali» (ivi inclusa la pubblicità fornita da terzi)[17]. La seconda categoria comprende i fornitori di applicazioni «che funzionano in aggiunta a quelle degli SNS e se gli utenti decidono di servirsene»[18].

Tanto la prima quanto la seconda categoria possono dirsi delimitate in misura soddisfacente, in ragione della loro individuazione mediante criteri essenzialmente formali, ma – soprattutto – *ex ante* identificabili. Il discorso si complica non poco con la terza categoria. Recita il parere: «la direttiva [oggi: il regolamento] non estende gli obblighi del responsabile [oggi: del titolare] del trattamento a chi elabora dati personali "per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico" – la cosiddetta "esenzione domestica"»; ciò posto come regola generale, tuttavia, si aggiunge che, «in alcuni casi, è possibile che queste attività non siano più coperte dall'esenzione e si può allora ritenere che

---

automatizzati e applicate a dati personali *o insiemi di dati personali* [aggiunto], come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, *la strutturazione* [aggiunto], la conservazione, *l'adattamento* [in precedenza: "l'elaborazione"] o la modifica, l'estrazione, la consultazione, *l'uso* [in precedenza: "l'impiego"], la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, *la limitazione* [in precedenza: "il congelamento"], la cancellazione o la distruzione».

13 V. il raffronto (nei modi di cui alla nota precedente) tra l'art. 4, n. 7), del regolamento e l'art. 2, lett. *d*), della direttiva: «la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, *singolarmente* [in precedenza: "da solo"] o insieme ad altri, determina le finalità e *i mezzi* [in precedenza: "gli strumenti"] del trattamento di dati personali*;* [in precedenza la cesura tra i periodi consistenza in un punto] quando le finalità e i mezzi di *tale* [in precedenza: "del"] trattamento sono determinati *dal diritto dell'Unione o degli Stati membri* [in precedenza: "da disposizioni legislative o regolamentari nazionali o comunitarie"], il *titolare* [in precedenza: "responsabile"] del trattamento o i criteri specifici applicabili *alla* [in precedenza: "per la"] sua designazione possono essere *stabiliti dal diritto dell'Unione o degli Stati membri* [in precedenza: "fissati dal diritto nazionale o comunitario"]».

14 È quanto emerge dal confronto, nelle forme già sperimentate alle note che precedono, tra l'art. 4, n. 8), del regolamento e l'art. 2, lett. *e*), della direttiva: «la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o [eliminato: "qualsiasi"] altro organismo che *tratta* [in precedenza: "elabora"] dati personali per conto del *titolare* [in precedenza: "responsabile"] del trattamento».

15 La lettera del precitato art. 2, par. 2, lett. *c*), del regolamento è identica alla previsione che figurava all'art. 3, par. 2, della direttiva.

16 Il testo del parere, in italiano, è consultabile *on line* alla pagina *www.privacy.it/grupripareri200905.html* (tutti i riferimenti ai *links* presenti nello scritto sono aggiornati all'ultimo accesso del 31 luglio 2016).

17 Cfr. parere 5/2009 – WP 163 «sui *social network on-line*», cit., par. 3.1.

18 *Ibidem*.

all'utente dell'SNS incombano alcuni obblighi del responsabile [*id est*, del titolare] del trattamento»[19].

L'apertura ad eccezioni rispetto alla regola implica, ovviamente, possibili incertezze, cui lo stesso parere ha cercato di far fronte riportando «qualche esempio», a titolo, presumibilmente, soltanto indicativo, lungi dunque da ogni pretesa di esaustività.

Il primo esempio è quello dell'utilizzo del *social network* «come piattaforma di collaborazione per un'associazione o una società»: la limitazione dell'esenzione domestica alle sole persone fisiche rende qui incontestabile la sussistenza di una eccezione alla regola[20]. Come incontestabile, almeno in linea di principio, è anche l'esempio successivo, inerente all'uso del servizio di *social network* «soprattutto come piattaforma a fini commerciali, politici o filantropici»[21]: la distanza rispetto all'utilizzo «domestico», chiara in teoria, non è detto però che lo sia in concreto, ben potendo certe espressioni «personali» confondersi con attività di uno dei tipi citati. L'incertezza si accresce ulteriormente, e non di poco, con il terzo esempio, relativo al caso in cui «l'accesso ai dati (profilo, messaggi, contenuti, ecc.) inseriti da un utente», anziché essere «limitato ai contatti che l'utente stesso ha scelto», è esteso in ragione del fatto che «l'utente può acquisire molti contatti di soggetti terzi, alcuni dei quali del tutto sconosciuti»: infatti, «un numero elevato di contatti può indicare che l'esenzione domestica non si applica e che l'utente va quindi considerato un responsabile [leggasi, ora, titolare] del trattamento»[22]. Per grandi linee, il concetto sembra chiaro: se sono molti i soggetti che possono accedere a determinati dati, chi li mette a disposizione non può trincerarsi dietro il carattere «personale o domestico» della sua attività; resta però del tutto impregiudicata una concretizzazione di quei «molti contatti» che fanno scattare l'applicazione della normativa sul trattamento dei dati. Il rischio di affidare la quantificazione a valutazioni eminentemente soggettive di funzionari amministrativi e/o di organi giurisdizionali è tutt'altro che trascurabile: a seconda del tipo di dati e della persona coinvolta, la definizione dei «molti» può integrarsi anche con un numero non particolarmente elevato di contatti; a rendere la concretizzazione particolarmente insidiosa è, però, soprattutto l'impossibilità di misurare i contatti di «secondo grado», nel senso che nulla esclude che un numero limitato di contatti possa rivelarsi comunque un veicolo di diffusione estremamente efficace, allorché uno dei pochi contatti abbia, a sua volta, un gran numero di collegamenti all'interno del *network*, con il che un dato «domestico» per chi lo immette diviene un dato «di dominio pubblico» per chi si limita all'attività di condivisione.

Né viene in soccorso l'ulteriore esempio menzionato, relativo a «quando l'accesso alle informazioni del profilo non si limita ai contatti scelti, come nel caso in cui tutti gli iscritti all'SNS hanno la possibilità di consultare un profilo o i relativi dati possono essere indicizzati da motori di ricerca»[23]: la fattispecie, in realtà, reca due realtà molto diverse, l'una ancorata ad una scelta (il carattere pubblico dell'*account*) riconducibile all'utente, anche se talora indotta da impostazioni di *default* del *service provider*, mentre l'altra del tutto estranea all'utente, in quanto collegata alla struttura del *social network* ed all'interazione da esso stabilita con uno o più motori di ricerca.

In definitiva, ciò che emerge è l'esistenza di un buon numero di zone grigie sulle quali un intervento normativo avrebbe potuto (e probabilmente dovuto) far chiarezza, e non solo nell'ottica di una precisa determinazione delle eccezioni alla *household exemption*, ma anche in riferimento ai contenuti stessi di quest'ultima, la quale, nel disegnare uno spazio di *libertà* (?!) per gli utenti che si avvalgano dei servizi offerti a titolo personale e domestico, non può escludere che fenomeni di triangolazione in sé non illeciti

19 *Ibidem*.
20 *Ivi*, par. 3.1.1.
21 *Ibidem*.
22 *Ibidem*.
23 *Ivi*, par. 3.1.2.

portino a trattare dati sotto la copertura della *household exemption* che finiscono per entrare a far parte del bagaglio informativo di chi poi li disseminerà. Per tacere, tra l'altro, di chi, grazie alla condivisione, sarà nelle condizioni di usarli addirittura per fini commerciali.

Che si tratti di un'occasione persa appare, in definitiva, quanto mai evidente; alcune delle conseguenze di questa omissione potranno forse essere colte anche già nei paragrafi che seguono. In essi, l'analisi dovrà essere condotta costantemente confrontandosi con un'obiezione di fondo, implicita ma ben presente, e soprattutto di forte impatto, in tutta la sua semplicità: se l'attività dei *providers* e quella di matrice commerciale degli utenti sono oggetto di disciplina, attraverso l'applicazione della normativa posta dal regolamento euro-unitario, una regolamentazione specificamente rivolta ai *social networks* è davvero necessaria?

La domanda è certamente insidiosa, potendo far leva sul fatto che un intervento specifico, per un verso, rischierebbe di produrre una inutile duplicazione di norme, se riferito – anche solo in parte – ai soggetti già interessati, e, per altro verso, se si andasse invece a regolamentare l'attività degli utenti «ordinari», il pericolo di comprimere la libertà individuale oltre il lecito non potrebbe essere escluso *a priori*. Nell'affrontare le problematiche che si evocheranno, questa riserva dovrà essere costantemente tenuta in considerazione.

4.2. L'estensione ai *social media* delle norme generali sul diritto della rete: la specificità trascurata

Circoscritto, nelle forme che si sono viste, l'ambito di applicazione ai *social media* del regolamento euro-unitario, il passo successivo per delineare il mosaico normativo pare che debba essere quello di spiegare l'assenza di una disciplina specificamente dedicata ai *social*. E, nella ricerca di una coerenza dell'impianto complessivo, l'ipotesi da formulare è quella della sua inutilità: sul presupposto della inopportunità di infrangere la *household exemption*, l'essenziale della regolamentazione delle attività in essi compiuta, anche in relazione alla tutela della *privacy*, dovrebbe poter essere rintracciato nel tessuto normativo generale, dettato tanto dal regolamento quanto da altre fonti, e segnatamente da quelle richiamate dallo stesso regolamento[24]. Una tale impostazione è lungi dal potersi dire originale, giacché è andata fortemente caratterizzando la prassi, come dimostra, tra gli altri, lo stesso parere 5/2009 – WP 163 «sui *social network on-line*» del Gruppo di lavoro per la tutela dei dati *ex* art. 29[25].

Ora, l'estensione ai *social media* della normativa generale può apparire, per così dire, «rassicurante», nella misura in cui permette agli operatori di orientare le proprie condotte su schemi già consolidati. Il punto è che, per un verso, gli schemi non sempre appaiono così consolidati e, per l'altro, l'idea di trattare i *social media* come il resto della rete assume talvolta (ed in specie proprio per quel che concerne il trattamento dei dati) i contorni di una forzatura.

Per cercare di illustrare le riserve appena espresse, conviene prospettare un confronto tra due decisioni, rese a poche settimane di distanza, relativamente a due fattispecie assai diverse, ma con taluni non secondari punti di intersezione: la sentenza della Corte di giustizia sul caso *Google Spain*[26] e la

24 Solo per fare un esempio – peraltro non dei più anodini – potrebbe venire in soccorso una citazione dell'art. 2, par. 4: «Il presente regolamento non pregiudica […] l'applicazione della direttiva 2000/31/CE, in particolare le norme relative alla responsabilità dei prestatori intermediari di servizi di cui agli articoli da 12 a 15 della medesima direttiva».

25 Cfr., in particolare, il par. 5, espressamente dedicato all'«Applicabilità delle direttive CE».

26 Grande Sezione, sentenza 13 maggio 2014, *Google Spain SL e Google Inc. c/ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, causa C-131/12. La sentenza ha da subito catalizzato l'attenzione della dottrina europea. Tra i moltissimi contributi della dottrina italiana, da segnalare è, in particolare, G.

sentenza della Corte di cassazione italiana sul caso *Vivi Down c. Google*[27].

Il profilo che qui interessa consiste, segnatamente, nella determinazione dei confini del concetto di trattamento dei dati e nell'individuazione del responsabile (ora, del titolare).

La Corte di giustizia era chiamata, nel quadro di una questione pregiudiziale di interpretazione, a valutare se il motore di ricerca fosse o meno tenuto ad eliminare, dai risultati delle ricerche recanti nella *query* il nome di una persona, risultati concernenti vicende ormai remote.

Nel rendere la propria decisione, la Corte di giustizia ha rilevato che «il gestore di un motore di ricerca "raccoglie" dati [personali], che egli "estrae", "registra" e "organizza" successivamente nell'ambito dei suoi programmi di indicizzazione, "conserva" nei suoi *server* e, eventualmente, "comunica" e "mette a disposizione" dei propri utenti sotto forma di elenchi dei risultati delle loro ricerche»: «tali operazioni […] devono essere qualificate come "trattamento" […], senza che rilevi il fatto che il gestore del motore di ricerca applichi le medesime operazioni anche ad altri tipi di informazioni e non distingua tra queste e i dati personali»[28]. Nessuna rilevanza, in proposito, è stata riconosciuta al fatto «che tali dati abbiano già costituito l'oggetto di una pubblicazione su *Internet* e non vengano modificati dal suddetto motore di ricerca»[29]; e poiché «è il gestore del motore di ricerca a determinare le finalità e gli strumenti […] del trattamento di dati personali che egli stesso effettua […], […] è di conseguenza lui a dover essere considerato come il "responsabile" [leggasi, ora, "titolare"] di tale trattamento»[30].

D'altra parte – ha proseguito la Corte – «è pacifico che tale attività dei motori di ricerca svolge un ruolo decisivo nella diffusione globale dei dati […], in quanto rende accessibili questi ultimi a qualsiasi utente di Internet che effettui una ricerca a partire dal nome della persona interessata, anche a quegli utenti che non avrebbero altrimenti trovato la pagina *web* su cui questi stessi dati sono pubblicati»[31].

In definitiva, «nella misura in cui l'attività di un motore di ricerca può incidere, in modo significativo e in aggiunta all'attività degli editori di siti *web*, sui diritti fondamentali alla vita privata e alla protezione dei dati personali, il gestore di tale motore di ricerca quale soggetto che determina le finalità e gli strumenti di questa attività deve assicurare, nell'ambito delle sue responsabilità, delle sue competenze e delle sue possibilità, che detta attività soddisfi le prescrizioni [in tema di trattamento dei dati], affinché le garanzie previste […] possano sviluppare pienamente i loro effetti e possa essere effettivamente realizzata una tutela efficace e completa delle persone interessate, in particolare del loro diritto al rispetto della loro vita privata»[32].

Qualche settimana prima, la Corte di cassazione italiana aveva avuto modo di interrogarsi su problematiche affini. Il caso verteva sul video postato da un utente su *Google Video*, avente ad oggetto uno studente diversamente abile, deriso dai compagni di classe, i quali rivolgevano considerazioni infamanti anche all'associazione Vivi Down, associazione che ha come oggetto sociale precipuo quello della tutela dei diritti delle persone affette dalla sindrome di Down. Il video era stato rimosso dopo circa

---

RESTA – V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, RomaTrE-Press, 2015.

27 Sezione III penale, sentenza 17 dicembre 2013 – 3 febbraio 2014, n. 5107, consultabile *on line* sul sito *Diritto penale contemporaneo*, alla pagina *www.penalecontemporaneo.it/upload/1392109339vividown_Redacted_st.pdf*, con il commento di A. INGRASSIA, *La sentenza della Cassazione sul caso Google* (6 febbraio 2014), *www.penalecontemporaneo.it/area/3-/19-/-/2817-la_sentenza_della_cassazione_sul_caso_google/*.

28 Grande Sezione, sentenza 13 maggio 2014, causa C-131/12, cit., par. 28.

29 *Ivi*, par. 29.

30 *Ivi*, par. 33.

31 *Ivi*, par. 36.

32 *Ivi*, par. 38.

due mesi, durante i quali era però rimasto a disposizione del pubblico. Uno dei procedimenti giudiziari innescati dalla vicenda riguardava i dirigenti della divisione italiana di Google, accusati di aver leso la reputazione del protagonista del video e dell'associazione e di non aver adempiuto agli obblighi imposti dalla normativa sul trattamento dei dati.

In primo grado, i dirigenti erano stati condannati dal Tribunale di Milano[33], sull'assunto che l'indicizzazione dei risultati delle ricerche facesse ricondurre a Google l'identificazione del responsabile (ora: titolare) del trattamento dei dati personali dello studente diversamente abile. La condanna era stata annullata dalla Corte d'appello di Milano[34], contro la cui decisione era stato proposto ricorso per cassazione[35].

La Corte di cassazione, attraverso un coordinamento tra la normativa europea (e la relativa normativa nazionale di attuazione) in tema di *privacy*[36] ed in tema di commercio elettronico[37], ha confermato la sentenza della Corte d'appello.

Ad avviso della Suprema Corte, «se non vi è dubbio che il concetto di "trattamento" sia assai ampio, perché comprensivo di ogni operazione che abbia ad oggetto dati personali, indipendentemente dai mezzi e dalle tecniche utilizzati, il concetto di "titolare" è, invece, assai più specifico, perché si incentra sull'esistenza di un potere decisionale in ordine alle finalità, alle modalità del trattamento di dati personali e agli strumenti utilizzati»: «titolare del trattamento non è chiunque materialmente svolga il trattamento stesso, ma solo il soggetto che possa determinarne gli scopi, i modi, i mezzi»[38].

Degli obblighi connessi al trattamento dei dati «è destinatario in modo specifico il solo titolare del trattamento e non ogni altro soggetto che si trovi ad avere a che fare con i dati oggetto di trattamento senza essere dotato dei relativi poteri decisionali»[39].

Ciò vale anche per «la figura dell'*Internet hosting provider*, perché esso è definito […] come colui che si limita a prestare un "servizio consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio"». Ad avviso della Corte, «il gestore del servizio di *hosting* non ha alcun controllo sui dati memorizzati, né contribuisce in alcun modo alla loro scelta, alla loro ricerca o alla formazione del file che li contiene, essendo tali dati interamente ascrivibili all'utente destinatario del servizio che li carica sulla piattaforma messa a sua disposizione»[40].

La Cassazione ha quindi desunto, «ai fini della ricostruzione interpretativa della figura del titolare del trattamento dei dati, che il legislatore ha inteso far coincidere il potere decisionale sul trattamento con la capacità di concretamente incidere su tali dati, che non può prescindere dalla conoscenza dei dati stessi», con il che, «finché il dato illecito è sconosciuto al *service provider*, questo non può essere

33 Sezione IV penale, sentenza 24 febbraio – 12 aprile 2010, imp. Drummond et al. La sentenza è consultabile *on line* alla pagina *www.giurcost.org/casi_scelti/Google.pdf*.

34 Sezione I penale, sentenza 21 dicembre 2012 – 27 febbraio 2013, imp. Drummond et al. La sentenza è consultabile *on line* alla pagina *www.leggioggi.it/wp-content/uploads/2013/02/sentenza-google.pdf*.

35 Sullo sviluppo della controversia, fino al momento antecedente alla decisione della Corte di cassazione, v. E. Apa – O. Pollicino, *Modeling the Liability of Internet Service Providers: Google* vs *Vivi Down. A Constitutional Perspective*, Milano, Egea, 2013.

36 Il riferimento va, ovviamente, alla precitata direttiva 95/46/CE ed al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali).

37 Cfr., in particolare, la direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»), recepita con il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70.

38 Corte di cassazione, sez. III pen., sentenza 3 febbraio 2014, n. 5107, cit., par. 7.1.

39 *Ibidem*.

40 *Ivi*, par. 7.2.

considerato quale titolare del trattamento, perché privo di qualsivoglia potere decisionale sul dato stesso»; «sono, dunque, gli utenti ad essere titolari del trattamento dei dati personali di terzi ospitati nei servizi di *hosting* e non i gestori che si limitano a fornire tali servizi»[41].

I principi posti hanno condotto alla assoluzione degli imputati, giacché «la posizione di Google Italia S.r.l. e dei suoi responsabili [era] quella di mero *Internet host provider*, soggetto che si limita[va] a fornire una piattaforma sulla quale gli utenti [potevano] liberamente caricare i loro video; video del cui contenuto resta[va]no gli esclusivi responsabili»[42].

Ora, comparando la posizione delineata per il motore di ricerca nelle due sentenze, emerge piuttosto chiaramente una discrasia, sulla scorta della quale, in un caso, al motore di ricerca si è imposto un *facere*, mentre, nell'altro, si è giustificata la sua posizione di neutralità apparente rispetto a contenuti che erano stati comunque trattati.

I due casi erano certamente diversi, lo si è premesso. E lo erano per l'organo giudicante, ma anche per il tipo di giudizio: non può escludersi, in specie, che l'atteggiamento più «liberale» espresso dalla Cassazione sia stato il frutto delle conseguenze su individui che la decisione del processo penale avrebbe potuto avere, conseguenze di sicuro più pesanti rispetto a quelle derivanti dalla statuizione della Corte di giustizia.

Resta il fatto, tuttavia, che una discrepanza si è effettivamente avuta, e che solo procedendo ad una eliminazione logica delle differenze tra le fattispecie si potrebbe addivenire a riconoscere nella sentenza successiva, resa a livello europeo, l'autorità di *leading case* generale per la materia. Un tale esercizio di armonizzazione, peraltro, dovrebbe fronteggiare un ulteriore ostacolo, di per sé idoneo a giustificare ciò che i giudici di *common law* definiscono «*distinguishing*»: nel caso originato in Spagna, i dati trattati provenivano da siti *web* per così dire «strutturati», mentre in quello italiano si trattava di *user generated contents*, cioè dei contenuti tipici dei *social media*.

Per questo aspetto, le due situazioni non appaiono, se non molto superficialmente, assimilabili, almeno sotto il profilo della protezione dei dati: da un lato, la presenza di informazioni personali sul sito di un quotidiano o di qualche altro soggetto implica che al titolare del sito si applichi la normativa sulla *privacy*, laddove un *user generated content* può essere inserito in una piattaforma *social* in cui il titolare dell'*account* agisca come persona fisica, non abbia fini commerciali, politici o filantropici, e magari consenta la condivisione ad un numero limitato o relativamente limitato di utenti, con il che si integrano pianamente le condizioni perché si dia luogo alla *household exemption*. Combinando questa differenza con gli esiti cui sono giunti le due sentenze, si arriva al paradosso per cui il *service provider* è titolare del trattamento di dati che provengono da soggetti a loro volta soggetti alla normativa sulla *privacy*, mentre non è da configurarsi come titolare del trattamento se ospita (ed indicizza) dati provenienti da soggetti non vincolati alla normativa. Si dirà che le tutele esistono comunque (e proprio il caso esaminato lo ha dimostrato[43]), ma ciò non impedisce di rimarcare l'anomalia degli esiti cui si addiviene.

Prendendo spunto dalla difformità riscontrata, qualche traccia di forzatura nell'assimilazione tra regime dei *social media* e diritto della rete in generale non può non essere evidenziata. Quando si pensa ai *social media*, infatti, si pensa soprattutto alla condivisione di contenuti tra soggetti che, nella stragrande maggioranza dei casi, sono persone fisiche cui si applica la *household exemption*: altrimenti detto, la normativa a tutela della *privacy* trova, nei *social*, un'applicazione tutto sommato marginale,

41 *Ibidem*.

42 *Ivi*, par. 8.

43 Uno dei procedimenti cui ha dato luogo la vicenda si è, infatti, concluso con la condanna degli studenti autori materiali dei maltrattamenti e del caricamento del video sulla piattaforma di condivisione.

potendo imporsi su chi gestisce la struttura (i *providers*), ma non su chi la frequenta (gli utenti). Alla luce di questa constatazione, la sensazione che sia agevole eludere le norme di protezione non può essere meramente epidermica: si pensi, ad esempio, al fatto che un contenuto ben può diventare «virale» semplicemente attraverso una catena di condivisioni fatte da soggetti che possono tutti appellarsi alla *household exemption*, con il che l'ipotetica violazione, anche grave, della *privacy* risulta essere il prodotto di una serie di azioni poste in essere di per sé in maniera legittima[44]. Se così è, allora diviene particolarmente importante la ricerca di forme di tutela che siano assicurate da altre normative: si giunge, per tal via, a doversi interrogare circa la reale efficacia nell'orientamento delle condotte poste in essere sui *social media* che può essere dispiegata dalla normativa generale suscettibile di avere per la *privacy* una portata protettiva, diretta o mediata.

5. Il parallelismo tra *social media* e mondo reale: l'omogeneizzazione forzata

La non perfetta corrispondenza – per usare un eufemismo – tra le norme generali a garanzia della *privacy* in rete e le esigenze che emergono dalle attività svolte nei *social media* evoca la necessità di valutare se, ed eventualmente in quale misura, l'ordinamento giuridico nel suo complesso possa comunque fornire risposte adeguate agli *inputs* di tutela emergenti nei e dai *social*.

La prassi giurisprudenziale degli ultimi anni parrebbe far propendere per una risposta generalmente affermativa: sono ormai cospicue nel numero le statuizioni che, da parte dei più diversi giudici, fanno applicazione, ad esempio, delle fattispecie penalistiche generali o delle tradizionali categorie del diritto privato alle condotte poste in essere *on line* dagli utenti di *social media*[45].

L'indicazione della prassi è, ovviamente, della massima importanza, tuttavia non pare di potersi escludere *a priori* la percorribilità di una lettura in certa parte diversa. Una lettura che prenda le mosse dall'assunto che la risposta che si richiede non è argomentabile in termini unicamente giuridici. La considerazione da parte del diritto di ciò che avviene sui *social media* dovrebbe, infatti, partire dalla constatazione della torsione che le relazioni *on line* assumono, rispetto allo *standard* rappresentato dalle relazioni del mondo reale, una torsione che si traduce, in estrema sintesi, nel naturale abbassamento delle tradizionali difese individuali nell'ambito delle relazioni sociali: l'espressione – in forma dialogica, di mera esternazione o anche nella versione quasi-meccanica della manifestazione di apprezzamento e/o condivisione di un messaggio[46] – segue procedimenti diversi a seconda che avvenga nella vita reale, di fronte ad altre persone, ovvero nel mondo virtuale, per il tramite di uno schermo che l'individuo gestisce isolatamente[47]. E questa diversità coinvolge, in primo luogo, proprio i meccanismi

---

44 Non a caso, in riferimento ai *social media*, si è espressamente parlato – in forma probabilmente iperbolica, ma non senza argomenti – de «la fine della *privacy*»: cfr. G. RIVA, *I social network*, cit., 147 ss.

45 Per una recente rassegna di giurisprudenza in materia, v. E. FALLETTI, *I* social network*: primi orientamenti giurisprudenziali*, in *Corriere giur.*, 2015, 992 ss. Con precipuo riferimento alla giurisprudenza relativa all'impatto dei *social media* sulla tutela della *privacy*, v. E. FERRARI, *I* social network*: la tutela della* privacy *nelle piazze virtuali*, in M. FUMAGALLI MERAVIGLIA (a cura di), *Diritto alla riservatezza e progresso tecnologico. Coesistenza pacifica o scontro di civiltà?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, 139 ss.

46 «Visto dal lato dell'utente, la semplicità del meccanismo, che richiede nulla più che pigiare un pulsante, consente una partecipazione, in maniera rapida, alla vita sociale sul *social network*. Proprio la banalità del gesto, in molti casi, non consente di coglierne appieno ogni implicazione»: cfr. A.R. POPOLI, *Social network e concreta protezione dei dati sensibili*, cit., par. 3.8.

47 Le problematiche sociologiche legate ai *social media* sono esaminate da M. BOCCIA, *Sociologia dei new media*, in D.E. VIGANÒ (a cura di), *Dizionario della comunicazione*, Roma, Carocci, 2009, 652 ss. (*ivi* anche ulteriori riferimenti).

di difesa contro l'eccessiva estrinsecazione del proprio io[48]. Come è chiaro, su questo punto specifico la distanza tra mondo reale e mondo virtuale muta in misura assai rilevante a seconda del grado di cultura (informatica, ma non solo), di maturità, di consapevolezza del mezzo e della comunicazione. Le divaricazioni sono tanto marcate da rendere complicata finanche la formulazione di *standards* di attenzione, diligenza, etc. alla luce dei quali valutare i comportamenti tenuti sui *social*.

Questi rilievi hanno pesanti ricadute in termini giuridici, almeno sotto due punti di vista.

Innanzi tutto, la «spontaneità schermata» dei *social*, che si traduce nella suddetta discrepanza tra i comportamenti nel mondo reale e nel mondo virtuale, non può non produrre un qualche tipo di incidenza sulla valutazione *sub specie juris* delle condotte poste in essere. O, quanto meno, è presumibile che una qualche incidenza, molto spesso, sia opportuno che venga presa in considerazione. Con ciò si getta un'ombra piuttosto fitta sull'intero impianto normativo che, per come concretizzato dalla giurisprudenza, regge, attualmente, le relazioni sui *social media*. Altrimenti detto, se l'assenza di norme *ad hoc* ha portato *naturalmente* ad estendere ai *social*, per quanto possibile, i precetti che regolano i rapporti nella vita reale, non è dato cogliere da questa estensione *naturale* i segni dell'inevitabilità e, soprattutto, dell'opportunità scontata. Come si diceva, gli esempi che possono prospettarsi sono, ormai, molteplici; e non pochi riguardano, direttamente o in via mediata, proprio la *privacy*. Se si vanno ad analizzare alla luce del diverso approccio qui proposto, si può giungere alla conclusione che si tratta di esempi dai quali non emerge un compiuto parallelismo tra mondo reale e mondo virtuale; anzi, non è dato neppure individuare una corrispondenza in termini di entità del disvalore di certe condotte, poiché, a seconda dei casi, due azioni simili poste in essere l'una nel mondo reale e l'altra nel mondo virtuale possono colorarsi di un disvalore che è maggiore ora per l'una ora per l'altra.

Solo per prospettare un paio di casi, ovviamente senza alcuna pretesa di completezza, dai quali cogliere l'irriducibilità delle problematiche giuridiche sottese all'uso di *social media* da quelle tradizionalmente evocabili nel modo reale, può richiamarsi, in primo luogo, la contestazione del reato di sostituzione di persona, previsto all'art. 494 del Codice penale, a carico di chi crei un *account* su un *social network* utilizzando il nome di altri, inducendo così in errore i conoscenti della vittima, i quali si rapporteranno con il titolare dell'*account* fasullo come se fosse la persona da esso identificata[49]. Ora, il reato in questione, posto a tutela della fede pubblica, nella vita reale ha effetti che appaiono necessariamente più limitati di quelli cui può dar luogo una sostituzione di persona all'interno di un *social network*, e ciò per la semplice ragione che, una volta penetrato e diffuso nella *community*, l'*account*, dietro lo schermo della non verificabilità fisica dell'identità, è potenzialmente idoneo ad incidere su una serie indefinita ed ipoteticamente enorme di rapporti, veicolando informazioni personali (veritiere o false che siano) della vittima, ledendone l'immagine, etc., verso una platea di destinatari che può essere anche molto vasta, ed in ogni caso più vasta di quella che sembra essere suggerita dalla

48 In ordine all'impatto dei *social media* sui meccanismi cerebrali che guidano le relazioni sociali, v. G. RIVA, *Nativi digitali. Crescere e apprendere nel mondo nei nuovi media*, Bologna, il Mulino, 2014, spec. 67 ss.

49 Cfr., in part., Corte di cassazione, sezione V penale, 23 aprile – 16 giugno 2014), n. 25774, consultabile *on line* sul sito *Diritto penale contemporaneo* (*www.penalecontemporaneo.it/*), con il commento di F. SANSOBRINO, *Creazione di un falso account, abusivo utilizzo dell'immagine di una terza persona e delitto di sostituzione di persona* (30 settembre 2014). Nella specie, l'imputato aveva «creato un profilo sul *social network Badoo* denominato "*Naty*", riproducente l'effige della persona offesa, con una descrizione tutt'altro che lusinghiera (ad esempio nelle informazioni personali era riportata la dicitura "*Mangio solo cibo spazzatura e bevo birra … quando mi ubriaco vado su di giri*") e con tale falsa identità usufruiva dei servizi del sito, consistenti essenzialmente nella possibilità di comunicazione in rete con gli altri iscritti (indotti in errore sulla sua identità) e di condivisione di contenuti (tra cui la stessa foto ritraente [la vittima del reato])».

previsione codicistica che punisce «chiunque […] induce *taluno* in errore».

Un esempio di segno opposto sembra che possa essere la qualificazione di un *post* inserito sulla bacheca di *Facebook* della persona offesa alla stregua di una diffamazione a mezzo stampa *ex* art. 595, terzo comma, del Codice penale, sulla base della potenzialità, della idoneità e della capacità del mezzo utilizzato di coinvolgere e raggiungere una pluralità di persone, non individuate specificamente[50]. Pur alla luce dell'interpretazione estensiva che della fattispecie incriminatrice è stata fatta, tale da ricomprendervi, tra le altre, le condotte diffamatorie poste in essere nel corso di comizi, non è forse compiutamente prospettabile una equiparazione tra un commento inserito su una bacheca di *Facebook* e quello contenuto – ad esempio – in un quotidiano, non fosse altro perché la diffusione del primo è più «controllabile», ma soprattutto è più facilmente individuabile e fronteggiabile in via autonoma da parte della vittima.

Rispetto al caso da ultimo prospettato, non è estranea la considerazione che proprio la «spontaneità schermata» che dei *social* è tipica può forse, se non giustificare, quanto meno attenuare la gravità, da un punto di vista soggettivo, della condotta posta in essere. Si arriva, in tal modo, al secondo elemento di criticità emergente dall'applicazione estensiva ai *social media* di norme concepite per tutt'altro *milieu*. Un mezzo di comunicazione basato, come sono i *social*, sull'istantaneità e sulla relativamente agevole possibilità di acquisire un *know-how* sufficiente ad un uso (magari nulla più che) rudimentale appare quanto mai insidioso per gli utenti, i quali sono portati a «socializzare» a prescindere dal reale controllo che possano mantenere sui loro dati e sulle loro azioni.

L'immagine ormai di uso comune della «piazza virtuale», oltre che metaforicamente accattivante, descrive in maniera abbastanza fedele l'idea di un aprirsi al pubblico che è insita nella – anzi, che è consustanziale alla – partecipazione ad un *social*. Il fatto è che la metafora regge nella parte in cui viene intesa in senso statico, cioè dello «stare in piazza», mentre appare fuorviante in un contesto dinamico, in cui, cioè, si prenda in considerazione anche l'azione anteriore, quella cioè dell'«andare in piazza»: in senso fisico, l'aprirsi al pubblico presuppone una serie di condotte che procedono da una determinazione in tal senso, si articolano in una serie di azioni materiali (prepararsi per uscire, uscire di casa, etc.), azioni che, non di rado, sono cadenzate da una progressiva apertura (ad esempio, l'uscita dall'appartamento implica i primi potenziali contatti con i condomini, cui seguono quelli con i vicini, fino a quelli con la moltitudine indistinta); l'accesso ai *social media*, invece, risponde a logiche di immediatezza assai più marcate, il che non può essere etichettato soltanto come un vantaggio in termini di risparmio di tempo, ma deve essere valutato anche in relazione alla imposizione di un adattamento repentino del registro comunicativo[51]. Un adattamento che non è scontato per alcuno, e che per talune categorie di soggetti (si pensi, in particolare, ai minori) è quanto meno problematico.

Il punto appare estremamente critico, perché revoca in dubbio le fondamenta stesse dell'equazione tra condotte poste in essere nel mondo reale e condotte nel mondo virtuale, non potendosi prescindere

---

50 In tal senso, v. Corte di cassazione, sezione I penale, sentenza 12 febbraio – 8 giugno 2015, n. 24431, consultabile *on line* sul sito *Altalex*, alla pagina *www.altalex.com/documents/news/2015/06/15/facebook-offesa-su-bacheca-diffamazione-a-mezzo-stampa*.

51 Implicazioni e conseguenze di queste difficoltà di adattamento sono riscontrabili in molteplici ambiti nei quali assumono una particolare delicatezza. Un esempio paradigmatico è quello del rapporto di lavoro, in relazione al quale i *social media* sono stati avvertiti come un possibile strumento di controllo da parte del datore di lavoro sui lavoratori meno attenti alla protezione dei loro dati. Per l'analisi di questa fattispecie, e di alcune delle pronunce emesse da giudici del lavoro in conseguenza di licenziamenti fondati su informazioni dal datore di lavoro acquisite (magari grazie a falsi profili) sui *social*, v. F. IAQUINTA – A. INGRAO, *La* privacy *e i dati sensibili del lavoratore legati all'utilizzo di* social networks. *Quando prevenire è meglio che curare*, in *Dir. relazioni industriali*, 2014, 1027 ss.; F. IAQUINTA – A. INGRAO, *Il datore di lavoro e l'inganno di* Facebook, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 82 ss.

per queste ultime, almeno, dalla verifica della concreta capacità del soggetto di calarsi pienamente nel contesto in cui agisce. Ma, allora, l'assenza di una normazione specificamente rivolta alle azioni sui *social media* pone un'alternativa piuttosto netta tra l'ignorare semplicemente la discrasia che inficia l'equazione ed il rifarsi, di volta in volta, alla componente soggettiva che anima la condotta, il che significa, in ultima istanza, appellarsi alla responsabilità individuale.

Revocata in dubbio, sulla scorta di quanto fin qui detto, la validità della prima opzione, resta la seconda, sulla quale, peraltro, pure qualche riserva può formularsi, giacché affidare, per l'essenziale, alla responsabilità del singolo il suo «destino *social*» può risultare improprio, almeno in certi casi. Nel prosieguo si cercherà di dimostrarlo.

6. *Utens faber ipsius fortunae*: liberalismo o *Far West*?

È emblematico che, in un recente scritto dedicato alle norme che regolano i *social media*, si sia potuto candidamente affermare (o, forse meglio, amaramente constatare) che, «allo stato attuale dei fatti, la forma di protezione più efficace resta sempre l'autotutela, cioè la gestione attenta dei propri dati personali»[52]: come dire che l'aspirazione dei pubblici poteri a proteggere gli utenti, in questo caso, mostra tutta la sua debolezza, dovendo rivolgersi al decisivo apporto dato dalla responsabilità individuale.

Un tale affidamento potrebbe anche essere apprezzato, nel momento in cui se ne volesse mettere in risalto la matrice autenticamente umanistica riassumibile nell'affermazione per cui *homo faber ipsius fortunae*. Il problema, tuttavia, consiste proprio nella aleatorietà di tale affidamento, che è, per un verso, inattuale e, per l'altro, miope.

L'inattualità deriva dall'impossibilità di configurare l'utilizzo dei *social media* come un'attività così ordinaria che non si presti a disparità e ad abusi. Le questioni che l'accesso alla rete evoca, da sempre, in connessione con l'esistenza di divari digitali[53] non possono non essere trasposte, almeno *pro quota*, ai *social media*, relativamente ai quali il *quantum* di competenze informatiche è decisivo, non solo per l'accesso, ma – ed è questo l'aspetto che più interessa in questa sede – per il controllo sui contenuti immessi, nonché per il controllo, nei limiti del possibile, dei dati che siano da altri inseriti. Una pregiudiziale *no-regulation* dei *social media* assomiglia dunque molto, almeno allo stato attuale della diffusione degli strumenti informatici e delle relative conoscenze, ad un ponte verso un *Far West* virtuale, in cui – per giunta – a subire soprusi non sono solo i deboli che si scontrano con i forti, ma anche chi della comunità virtuale neppure fa parte (per qualunque motivo, magari soltanto per scelta) e che si trova alla mercé di qualunque *insider* e della sua attività comunicativa, che potrebbe riguardarlo.

Questa sensazione di inadeguatezza esce rafforzata in maniera significativa da quella che può definirsi come la «miopia» dell'atteggiamento eccessivamente liberale, che non tiene nel debito conto la prassi, troppo comune e diffusa per poter essere dissimulata dietro il velo di una falsa dichiarazione

---

52 Così, testualmente, E. FERRARI, *I* social network*: la tutela della* privacy *nelle piazze virtuali*, cit., 174.

53 Il tema è, come noto, tra i più studiati, specie da parte dei costituzionalisti. Tra i contributi più recenti, anche per gli opportuni approfondimenti bibliografici, v. P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. CARETTI (a cura di), *Studi in memoria di Paolo Barile*, Firenze, Passigli, 2013, 9 ss.; M. PETRANGELO, Oltre *l'accesso ad* Internet*, tra tutele formali ed interventi sostanziali. A proposito dell'attuazione del diritto di accesso ad* Internet, in M. NISTICÒ – P. PASSAGLIA (a cura di), Internet *e Costituzione*, Atti del Convegno. Pisa, 21-22 novembre 2013, Torino, Giappichelli, 2014, 169 ss.; L. NANNIPIERI, *La dimensione costituzionale del* digital divide*. In particolare, gli ostacoli cognitivi alla protezione dell'individuo nello spazio virtuale, ivi*, 189 ss.; P. OTRANTO, *Internet nell'organizzazione amministrativa: Reti di libertà*, Bari, Cacucci, 2015, 71 ss.

sull'età, che vede soggetti minori come utenti normalmente attivi (anzi, sovente iper-attivi) sui *social*[54].

Il regolamento euro-unitario non ignora questa tensione ideale, tanto che, al *considerando* 38, rimarca che «i minori meritano una specifica protezione relativamente ai loro dati personali, in quanto possono essere meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia interessate nonché dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali», ed ha cura di precisare che «tale specifica protezione dovrebbe, in particolare, riguardare l'utilizzo dei dati personali dei minori a fini di *marketing* o di creazione di profili di personalità o di utente e la raccolta di dati personali relativi ai minori all'atto dell'utilizzo di servizi forniti direttamente a un minore».

Questa preoccupazione si traduce nel divieto, posto dall'art. 8, par. 1, primo comma, di trattamento dei dati sulla base del consenso espresso da un minore di sedici anni (salvo il consenso del titolare della responsabilità genitoriale). La più che opportuna rigidità di questa disciplina si sgretola, tuttavia, già al secondo comma, allorché si consente agli Stati di derogare il limite anagrafico, purché non al di sotto dei tredici anni, età in relazione alla quale appare obiettivamente difficile poter presumere una – se non completa, almeno tendenziale – maturità; se, poi, si incrocia il dato normativo con i formulari contrattuali dei principali *social media*, la sensazione è che, nel regolare la materia, non si sia fatto altro che registrare una prassi, sull'assunto della inutilità di sforzi conformativi. Ancora più indicativo del grado di effettività che ci si possa attendere è quanto previsto dal par. 2 dell'art. 8, che, per il caso in cui sia richiesto, affida al titolare del trattamento il compito di «adopera[rsi] in ogni modo ragionevole per verificare […] che il consenso sia prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale sul minore, in considerazione delle tecnologie disponibili». Come dire che si chiede al controllato di mettere il controllore nelle condizioni di controllarlo.

Prescindendo dal coinvolgimento – più agevole da configurare in termini teorici che da strutturare in concreto – dei titolari della responsabilità genitoriale[55], l'affidamento alla responsabilità individuale appare, in effetti, difficile da giustificare allorché non si dia la possibilità neppure di stabilire una *fictio* di piena responsabilità, visto che ci si appella a soggetti che l'ordinamento è tenuto a proteggere in quanto incapaci.

La distanza tra *sein* e *sollen* emerge in maniera nitida allorché si vadano a ricercare gli interventi più significativi dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali italiana[56]. Come sottolineato nella relazione dalla stessa approntata per l'anno 2015, tra le attività di comunicazione ed informazione al pubblico figura quella di aver «fornito indicazioni per l'elaborazione di un sito informativo "Vivere in un mondo connesso" (*www.mondoconnesso.info*), realizzato da *Facebook* e lanciato anche in Germania, Austria e Francia, dedicato alla tutela dei dati personali su *internet* e nella vita quotidiana»: obiettivo del

54 Sulle problematiche connesse all'utilizzo dei *social* da parte dei minori ed alla loro tutela *on line*, v. L. MUSSELLI, *Internet e tutela dei minori*, in *Dir. informazione e informatica*, 2011, 727 ss.; L. MUSSELLI, *La tutela de minori nei nuovi media*, in R. CAFARI PANICO ET AL., *Da Internet ai Social Network*, cit., 57 ss. In una prospettiva più generale, v. G. DAMMACCO (a cura di), *Tutela giuridica del minore e uso consapevole di Internet*, Bari, Cacucci, 2008; F. PANUCCIO DATTOLA, *Minori e internet*, Torino, Giappichelli, 2009; A. THIENE, *L'inconsistente tutela dei minori nel mondo digitale*, in *Studium iuris*, 2012, 528 ss.

55 Interessante, in quest'ottica, è la sentenza resa dal Tribunale di Teramo il 16 gennaio 2012, n. 18, che, in una fattispecie di cyberbullismo, ha riscontrato la responsabilità dei genitori per il fatto del minore (anche qualora, come nella specie, prossimo alla maggiore età). Per il testo della decisione, v. M. BIANCA – A. GAMBINO – R. MESSINETTI (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali: profili applicativi nei social networks*, Milano, Giuffrè, 2016, 207 ss., con il commento di I. FAMULARO, *La responsabilità genitoriale per mancato controllo dei figli su Facebook*.

56 Per una sintesi dei vari interventi, a livello nazionale ed europeo, posti in essere nel quadro di una regolamentazione di *soft law* sui *social media*, v. P. GALDIERI, *Il trattamento illecito del dato nei* social network, in *Giur. merito*, 2012, 2697 ss.

sito, «corredato anche di uno strumento di autovalutazione delle competenze in materia di *privacy online* sviluppato da Unione nazionale consumatori», è quello «di raggiungere in maniera diretta gli utenti dei *social network* affinché prestino maggiore attenzione alla tutela della *privacy* in rete»[57]. Una iniziativa del genere appare, di per sé, come un'eloquente ammissione dell'insufficiente diffusione tra gli utenti delle competenze idonee ad una adeguata protezione della *privacy*.

Il Garante medesimo, del resto, allorché è intervenuto direttamente in materia, ha scelto uno strumento assai indicativo: un opuscolo informativo, una «guida ai *social network*», pubblicato nel 2009[58] e poi ripubblicato, in versione aggiornata, nel 2014[59], «con l'obiettivo di aumentare la consapevolezza degli utenti e offrire loro spunti di riflessione e strumenti di tutela»[60]. In concreto, tale opuscolo, dopo aver offerto cenni sulla nascita e la struttura dei *social networks* (non mancando di esplicitare i nomi dei più diffusi ed utilizzati)[61], si articola in una serie di «avvisi ai naviganti»[62] e di domande rivolte al lettore per stimolarne l'auto-responsabilizzazione («ti sei mai chiesto?»)[63], per poi formulare «10 consigli per non rimanere intrappolati»[64] e concludersi con un glossario dei principali termini gergali impiegati in rete[65].

Se questo opuscolo è stato pubblicato, oltretutto in due edizioni, è da presumersi che abbia una sua funzione ed utilità. L'estrema semplicità dei messaggi veicolati, però, fa pensare che, se una guida di tal fatta è utile, allora i suoi destinatari non devono essere particolarmente «esperti», quanto meno in riferimento alle implicazioni delle loro azioni sulla *privacy*. Ma, allora, l'affidarsi alla responsabilità individuale finisce per evocare alla mente lo stabilimento di una presunzione di dominio sul mezzo che l'utente medio dei *social media* in realtà non possiede.

In un quadro siffatto, sembra che ci si debba rassegnare ad appoggiarsi essenzialmente sui *service providers* perché agiscano, là dove possibile e nella misura in cui lo sia, a tutela degli utenti[66], mentre l'apparato pubblico si riserva una tutela strutturata sui normali canali, i quali – a fronte dell'immediatezza della rete (e dei *social* in special modo) – non consentono di configurare una tutela che non sia puramente successiva, una tutela, però, che proprio per il confronto impari rispetto alla velocità di trasmissione di messaggi, si presenta come inevitabilmente dimidiata.

Ciò equivale a dire che, per proteggere la *privacy*, l'alternativa è tra la tutela delegata a privati e la tutela pubblicistica che, come si diceva, è destinata ad arrivare tardi. Proprio come le forze dell'ordine

---

57 Cfr. GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Relazione 2015*, 187. La relazione è consultabile *on line*, sul sito del Garante, alla pagina *http://194.242.234.211/documents/10160/5204506/Relazione+annuale+2015.pdf*.

58 V. GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Social Network: attenti agli effetti collaterali*, 2009, consultabile *on line* sul sito del Garante, alla pagina *http://194.242.234.211/documents/10160/10704/Opuscolo+Social+Network+pagina+singola.pdf*.

59 V. GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Social Privacy: come tutelarsi nell'era dei social network*, 2014, consultabile *on line* sul sito del Garante, alla pagina *http://194.242.234.211/documents/10160/2416443/Social+privacy.+Come+tutelarsi+nell%27era+dei+social+network.pdf*.

60 *Ivi*, 3.

61 *Ivi*, 5 ss.

62 *Ivi*, 9 ss.

63 *Ivi*, 17 ss.

64 *Ivi*, 23 ss.

65 *Ivi*, 31 ss.

66 Sullo spazio assunto dall'autoregolamentazione dei soggetti (e dei professionisti, *in primis*) nell'ambito delle comunicazioni elettroniche, v., anche per ulteriori riferimenti, S. VIGLIAR – V. VARRIALE – G. GIANNONE CODIGLIONE, *Le comunicazioni elettroniche*, in S. SICA – V. ZENO ZENCOVICH, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, 4ª ed., Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2015, spec. 359 ss.

nel *Far West*.

7. Qualche riflessione conclusiva su un possibile intervento della normativa di *hard law*

Le considerazioni da ultimo svolte inducono a concludere che i *social media* rappresentano, con ogni probabilità, il punto di caduta di tutte le costruzioni dalle quali emerge la difficoltà per il diritto di irreggimentare le relazioni sociali che dalla rete scaturiscono o che sulla rete si sviluppano. E, nelle pieghe di questa difficoltà, l'esigenza di regole (nel senso forte di *hard law*) non può non avvertirsi, almeno sotto alcuni punti di vista. Certo, la spinta in senso inverso non è da trascurare, specie quando fa leva sui pericoli di un controllo pubblico dai toni più o meno vagamente orwelliani. Non può ignorarsi, del resto, che la tentazione di «spegnere» i *social* è ricorrente in molti ordinamenti (specie, evidentemente, tra quelli che non si annoverano tra i «campioni» della liberal-democrazia): l'invocazione di un rafforzamento della tutela della *privacy*, in effetti, non si può escludere che mascheri intendimenti di compressione della libertà di espressione.

La ricerca di un bilanciamento tra le contrapposte esigenze è troppo complessa perché si possa ambire a percorrerla qui in un'ottica di ampio respiro. Non è detto, però, che interventi regolativi debbano necessariamente porsi nel solco di un siffatto bilanciamento: altre forme, meno impegnative, sono forse ipotizzabili, se non altro come rimedi parziali nei confronti di una situazione giuridicamente non soddisfacente. In particolare, non sembra escluso di poter associare al mantenimento degli attuali livelli di libertà nello «stare» all'interno della piazza virtuale, un incremento del tasso di regolamentazione della fase dinamica dell'accesso. In ordine all'attività posta in essere sui *social media* una disciplina è rintracciabile; e, per quanto le soluzioni da essa offerte non risultino invariabilmente soddisfacenti, prospettare una rivisitazione *ab imis* implicherebbe il prendere posizione su tematiche di estrema delicatezza, tanto da non potersi escludere l'eventualità di giungere ad una situazione finale non significativamente migliore rispetto a quella presente; una tale constatazione non pare che debba estendersi anche alla fase dell'accesso sui *social*, giacché in essa si manifestano elementi che si presentano fortemente tipizzanti, al punto da consentire (e rendere opportuna) una considerazione specifica. Per dirla in termini forse più concreti, se – pur con le molte riserve che si sono sopra accennate – può considerarsi non insostenibile, almeno in linea tendenziale, una applicazione estensiva (o, meglio, analogica) all'attività svolta sui *social media* delle disposizioni che regolano le attività del mondo reale e/o delle normative generali previste per il mondo della rete, non altrettanto pare che possa dirsi per la disciplina del momento in cui ai *social* si accede, ed in particolare del momento della registrazione.

La registrazione rappresenta, in effetti, una fase di estrema importanza, non solo per l'ovvia ragione che apre al singolo le porte della «piazza virtuale», ma anche perché è in quel frangente che sarebbe possibile porre davvero un diaframma contro accessi inopportuni o non sufficientemente consapevoli. L'utilizzo del condizionale è d'obbligo, se non altro per ciò che si è detto in precedenza sulla non controllabilità dell'accesso da parte dei minori.

Ma c'è anche un'altra ragione che spiega l'uso del modo verbale. Generalmente, l'attenzione viene posta su *chi* accede, il che comporta che il sistema normativo si interessi essenzialmente di vietare l'accesso a chi non ne abbia astrattamente titolo (in quanto al di sotto di una certa soglia anagrafica). Ne discende un sistema non troppo dissimile da un insieme di grida manzoniane, come dimostrato dalla sopra ricordata normativa del regolamento euro-unitario sul controllo del rispetto dei divieti. Non si vuol certo prospettare l'inutilità di siffatte previsioni, le quali debbono, ovviamente, esserci, ed anzi si dovrebbe trovare il modo di renderle quanto più efficaci possibile. Ma non dovrebbero esserci soltanto

queste: una regolamentazione di *hard law* non dovrebbe trascurare il *come* si accede, perché è nella disciplina di quel procedimento che si possono porre le basi per un accesso *consapevole* ai *social media*. In sostanza, una normativa, specie se europea, che specificasse in forma compiuta le modalità attraverso cui registrarsi potrebbe imporre ai *service providers* oneri legati alla conoscibilità reale di ciò che accedere al servizio significa, anche e soprattutto in termini di *privacy*, *sub specie* di trattamento dei dati, sia da parte del fornitore che da quella dell'utente (per i dati propri e per quelli altrui). La inevitabile compressione della libertà contrattuale risulterebbe, in quest'ottica, giustificabile in relazione alla protezione di altri principi ed esigenze, di sicuro rilievo costituzionale; senza contare che si tradurrebbe comunque in una compressione apprezzabile in relazione ad un singolo momento e limitatamente alle forme attraverso cui esprimere i contenuti contrattuali che già oggi sono individuabili.

L'attuale carenza di una normativa che ambisca a razionalizzare la prassi estremamente variegata dei singoli *social media* ha creato una situazione in cui il rispetto del (puro) formalismo finisce per essere qualcosa di non troppo dissimile da un «guscio vuoto»[67]. Al potenziale utente si chiede di compilare campi e di accettare condizioni, per lo più nella forma – tanto snella quanto sfuggente – del *point and click*[68]. Campi e condizioni che sono di problematica intelligibilità finanche per il giurista, e ciò non solo per il dettaglio delle specificazioni tecniche, ma anche per la formulazione stessa del contratto, che talora, ad esempio, segue stili discorsivi in cui la portata precettiva degli obblighi tende a diluirsi. Per tacere delle soluzioni non sempre di immediata evidenza relative al diritto applicabile in caso di controversia e del relativo foro competente, e di molte altre clausole di tenore e portata assai ondivaghi[69]. A complicare il tutto, si pongono poi le incertezze connesse all'uso di più lingue, ferma restando però l'ufficialità del solo inglese, donde la necessità di sommare a cospicue competenze giuridiche solide basi linguistiche.

Ora, per come la trama normativa si è evoluta, l'intelligibilità è divenuta inversamente proporzionale all'entità degli obblighi imposti ai *providers*, le cui *privacy policies* sono chiaramente ispirate all'adempimento di obblighi di mezzo, dove il risultato resta, nel migliore dei casi, sullo sfondo[70]. Il chiedere ai *providers* di inserire questo o quel contenuto, di per sé, non è risolutivo, se non lo si collega ad un obbligo di estrinsecare questi contenuti in forme che possano essere effettivamente percepite dall'utente medio. Il paradosso che ne discende è che solo imponendo un obbligo puramente strumentale (consistente nel *quomodo* dell'esposizione dei contenuti) si può ambire ad un grado accettabile di raggiungimento di un obbligo di risultato (*id est*, l'effettiva consapevolezza da parte dell'utente del tipo di accordo che va stipulando).

Un mutamento di approccio nel senso qui auspicato non costituirebbe – è chiaro – *la* soluzione delle difficoltà che si riscontrano nella disciplina dei *social media*; sarebbe, tuttavia, un passo significativo, sia per i suoi auspicabili effetti concreti, sia (forse soprattutto) per il senso che l'intervento potrebbe

---

67 Una efficace rassegna critica delle modalità attraverso cui il potenziale utente può registrarsi alle varie piattaforme *social* è condotta da A.R. POPOLI, *Social network e concreta protezione dei dati sensibili*, cit., parr. 3. ss.

68 È appena il caso di rilevare che la critica di cui nel testo non è diretta a contestare la validità in sé dei contratti conclusi per il tramite di questa formalità (sebbene in proposito non siano prive di argomenti le tesi, autorevolmente sostenute, che avanzano dubbi di legittimità: cfr., in part., N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1998, 347 ss.), ma è semplicemente rivolta a mettere in rilievo gli effetti potenzialmente pregiudizievoli derivanti da contratti conclusi con eccessiva facilità.

69 Per una rassegna compiuta delle problematiche che emergono dalle *privacy policies*, v., di nuovo, A.R. POPOLI, *Social network e concreta protezione dei dati sensibili*, cit., parr. 3.3. ss.

70 Con riferimento all'effettività della prestazione del consenso da parte degli utenti della rete, v., da ultima, S. THOBANI, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, 513 ss., che pone in particolare risalto la transizione da un «libero consenso informato» ad un «consenso disinteressato».

testimoniare, e cioè quello di operare una saldatura tra un *hard law* a lungo latitante e l'azione principalmente pedagogica che è stata perseguita dalle linee-guida adottate negli anni da organi operanti nel settore ai più vari (ed anche ai massimi) livelli. Il che equivarrebbe, in buona sostanza, ad argomentare che, là dove veramente è necessario, le istituzioni politiche sono in grado di imporre propri *standards*, volti ad evitare che la tutela della libertà (contrattuale, *avant tout*) non si traduca in una preconcetta accettazione di uno stato di quasi-anomia. Come dire che, anche in un ambito in cui si è finora mosso con estrema circospezione, l'*hard law* si riserva di intervenire per garantire le basi di una ordinata convivenza, anche virtuale.

LA REPARACIÓN INTEGRAL CON PERSPECTIVA INTERCULTURAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

REPARAÇÃO INTEGRAL COM PERSPECTIVA INTERCULTURAL NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO EQUADOR

Ximena Ron Erráez[1]

I. La reparación integral en Ecuador

En sentido amplio el término reparar proviene del latín *re-paráre*, que a su vez deriva etimológicamente de las palabras "*re"* y "*parar",* que significan volver a poner de pie o volver a poner en buen estado. De ahí que, reparar implica arreglar algo que está estropeado, enmendar, corregir, reconstruir o desagraviar al ofendido. Sobre esa base, en el ámbito de los derechos humanos, la reparación es la consecuencia jurídica de la declaración de la vulneración de un derecho, de cuya naturaleza y características deriva el grado y alcance de la reparación (García Ramírez 2003, 142).

[1] Abogada por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, máster en Derecho constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar-sede Ecuador, y Ph.D (c) en Derecho por la Universidad de Coímbra-Portugal. Coordinadora institucional de la Corte Constitucional del Ecuador.

El potencial de la reparación frente a vulneraciones de derechos humanos reside en que a través de su materialización por parte de la administración de justicia, se promueve un grado mínimo de confianza tanto interpersonal como estatal, garantizándose además, el reconocimiento de las personas afectadas y la admisión de la responsabilidad pasada o futura, por determinados tipos de acciones u omisiones, de quienes transgredieron los derechos (Rubio-Marín 2006, 26).

La vulneración de un derecho constitucional o de un derecho humano, debidamente declarada por parte de la competente autoridad jurisdiccional, se traduce en el deber de reparar los daños que dicha vulneración hubiere generado. En el contexto ecuatoriano la reparación de derechos que establece la Constitución de la República de 2008[2] hace referencia a una "reparación integral", es decir, a una reparación orientada a resarcir los perjuicios ocasionados más allá del ámbito económico, abarcando en la medida de lo posible la remediación de todas las dimensiones afectadas.

En el marco de la administración de justicia constitucional, la Constitución de la República del Ecuador consagra a la institución jurídica de la reparación integral en el artículo 86 número 3 primer inciso al establecer que: "La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse".

De este modo, la reparación integral constituye un elemento de trascendental importancia para sustentar y fortalecer al Estado constitucional de derechos y justicia ecuatoriano[3], estimando que la base esencial de este tipo de Estado se fundamenta en la justiciabilidad de los derechos, cuya garantía comporta no solo la declaración de la transgresión, sino principalmente, la reparación de los daños causados por las vulneraciones a los mismos. En este punto, conviene indicar que la reparación integral en la sentencia debe estar debidamente motivada por parte de la autoridad jurisdiccional, considerando que es deber de la jueza o juez constitucional justificar razonada y proporcionalmente los remedios jurídicos que estime convenientes en relación con el derecho vulnerado y el daño ocasionado (Escudero 2013, 284).

La concepción de reparación integral que prevé la vigente Constitución ecuatoriana fue adoptada sobre la base del concepto desarrollado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y

[2] La vigente Constitución de la República del Ecuador fue promulgada el 20 de octubre de 2008.
[3] Artículo 1 de la Constitución de la República.

específicamente, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En tal sentido, el primer referente jurisprudencial interamericano que trata de la reparación integral data de 1989 y constituye la sentencia de reparaciones y costas emitida en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.

En dicha sentencia, la Corte IDH precisó que es un principio del Derecho internacional que toda violación a una obligación internacional que hubiere producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. Así, se establece en dicho fallo que la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la *restitutio in integrum* o en la plena restitución de la situación anterior, la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral.[4]

Posteriormente, este concepto inicial de reparación integral fue desarrollado progresivamente por la jurisprudencia interamericana, hasta abarcar diversas medidas tendientes a restituir el derecho vulnerado más allá del ámbito económico, intentando mejorar la situación de las personas afectadas e incluso procurando promover reformas estructurales o políticas que eviten la repetición de transgresiones.

Sobre esta base, la vigente Constitución del Ecuador adoptó la institución de la reparación integral y la Corte Constitucional, como el máximo órgano de la administración de justicia constitucional, sustentada en la jurisprudencia interamericana, ha formulado en sus sentencias seis distintas formas de reparación integral: 1) restitución[5], 2) reparación económica[6], 3) rehabilitación[7], 4) satisfacción[8], 5) investigación y sanción[9], y 6) garantías de no repetición[10].

---

[4] Véase Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 21 de julio de 1989. Reparaciones y Costas. Pgs. 26. Página consultada el 12-06-2015 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf., pg. 9

[5] Las medidas de reparación de tipo restitución buscan restablecer la situación previa a la vulneración, propiciando que la víctima recupere el derecho vulnerado.

[6] La reparación económica comporta la compensación de carácter pecuniario por los daños y perjuicios ocasionados.

[7] La rehabilitación alude a medidas que se orientan a que la víctima se reintegre a la sociedad, tales como atención médica o psicosocial, servicios legales, etc.

[8] Las medidas de satisfacción implican la verificación de los hechos, el conocimiento público de la verdad, actos de desagravio y en general las sanciones a los transgresores.

[9] Este tipo de medidas de reparación integral están vinculadas con el derecho a la verdad, y establecen la obligación de las autoridades públicas de investigar el hecho que generó la vulneración y sancionar a los responsables.

[10] Las garantías de no repetición pretenden asegurar que no existan nuevas vulneraciones al derecho en el futuro, a través de reformas judiciales, institucionales y/o legales

En suma, la reparación integral constituye un mandato de optimización para las garantías constitucionales, debido a que profundiza el alcance de las garantías y maximiza la protección de los derechos (Storini y Navas 2013, 154). Por tanto, el diseño y ejecución de las medidas de reparación emitidas para compensar los daños sufridos por la vulneración de un derecho constituye el corazón mismo de la administración de justicia, toda vez que confiere sentido a las decisiones judiciales.

II. La reparación intercultural en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Plantear reparaciones integrales adecuadas para cada caso concreto resulta una tarea compleja para las autoridades jurisdiccionales, quienes tienen que analizar todos los escenarios posibles para diseñar medidas de reparación que sean viables, y a la vez efectivas. Sin embargo, esta labor presenta nuevos desafíos para los operadores de justicia cuando se encuentran frente a vulneraciones de derechos que ameritan una interpretación intercultural; situación que además no resulta extraña en el contexto ecuatoriano, cuya diversidad cultural ha derivado en la definición del Ecuador como un Estado intercultural y plurinacional[11].

En este punto, es menester destacar que las autoridades encargadas de la administración de justicia están obligadas a establecer medidas de reparación integral que resulten adecuadas y compatibles con la naturaleza y grado de la transgresión, y esencialmente, que consideren la condición de la persona afectada con objeto que la reparación propenda a resarcir efectivamente los perjuicios ocasionados. De ahí que, la reparación integral debe responder a determinadas circunstancias, entre otras, a la necesidad de interpretar interculturalmente tanto la vulneración de derechos como la reparación de los mismos en los casos que involucren conflictos entre matrices culturales.

Desde esta perspectiva, siendo que los derechos humanos son claramente no universales en su aplicación, la reparación integral de los mismos tampoco puede ser pensada de forma universal y homogénea, sino que valdría plantear reparaciones atendiendo a la matriz cultural de las víctimas y/o sus familiares a través de un diálogo intercultural. En esta línea, Boaventura de Sousa Santos sostiene que contra el universalismo de los derechos humanos es necesaria la generación de diálogos

[11] "La Constitución de la República, consagra al Ecuador como un Estado unitario, intercultural y plurinacional; en aquel sentido el constituyente ecuatoriano reconoció al Ecuador como un Estado plurinacional puesto que dentro de su territorio coexisten diversas nacionalidades indígenas y tribales, afroecuatorianos y montubios, además de la población hegemónica" (Masapanta 2015, 6).

interculturales sobre preocupaciones isomórficas[12], considerando en primer lugar que todas las culturas tienen concepciones de dignidad humana pero solo unas cuantas establecen a la dignidad como un derecho humano, y en segundo lugar, que todas las culturas son incompletas en su concepción de dignidad y que en tanto incompletas ninguna puede atribuirse la verdad absoluta (Santos 2002, 67).

Para Carlos Martín Beristain, las reparaciones con perspectiva intercultural constituyen medidas orientadas a reparar los daños ocasionados como consecuencia de la vulneración de derechos considerando aspectos culturales, tales como: 1) La determinación de las violaciones y su carácter individual o colectivo; 2) El análisis del impacto de las mismas; 3) La definición de las medidas de reparación más adecuadas; 4) El uso del idioma y garantías de no discriminación en la relación con el Estado; y, 5) Los mecanismos de cumplimiento (2009, 436).

Entonces pues, el derecho a la reparación integral intercultural comprende el diseño de compensaciones que estimen las necesidades culturales particulares de las personas afectadas por la vulneración de sus derechos, a través de estrategias efectivas en que se aplique un trabajo interdisciplinario que conjugue el resarcimiento de los daños con una perspectiva intercultural. Así precisamente sostiene Rafael Garrido, al señalar que en sociedades plurinacionales e interculturales, como es el caso de Ecuador, resulta imperioso entender que la diversidad cultural es un factor que incide directamente en la eficacia del ejercicio de derechos (2013, 65).

En esta línea, los pueblos y nacionalidades indígenas -entre otros- constituyen un claro ejemplo de un grupo social cuya vulneración de derechos y la consiguiente reparación de daños precisan la consideración de determinadas circunstancias, tales como, su cosmovisión y prácticas ancestrales o las particulares transgresiones que enfrentan relacionadas esencialmente con procesos extractivos cuyos impactos van desde la afectación a sus territorios ancestrales hasta daños de tipo físico, consuetudinario, espiritual o religioso.

La administración de justicia constitucional debe proponer medidas de reparación integral que frente a la vulneración de los derechos de las personas de pueblos o nacionalidades indígenas estimen sus más fundamentales principios culturales, entendiendo que una reparación que no tome en cuenta su forma de pensar el mundo, deriva en la negación de la justicia y en la vulneración de los derechos

[12] Según señala Boaventura de Sousa Santos, un diálogo transcultural puede ser posible solamente a través del diálogo entre –*topois*- lugares comunes ampliamente extendidos de las culturas, empezando por reconocer debilidades e incompletitudes reciprocas.

colectivos. En el marco del Derecho internacional de los derechos humanos, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de 1989 (Convenio 169) establece en el artículo 8 que al aplicarse las normas del ordenamiento jurídico deben considerarse las costumbres de los pueblos indígenas involucrados. Sobre esta base, se ha desarrollado el criterio a través del cual las reparaciones deben ser consultadas con los pueblos indígenas, considerando incluso formas de reparación distintas a las habituales, tales como, la reparación colectiva, sin perjuicio de que haya también reparaciones de carácter individual (Morris 2009, 47).

En tal sentido, la Corte Constitucional del Ecuador, constituye el órgano máximo de la administración de justicia constitucional encargado -entre otros- de tender puentes interculturales a través de su jurisprudencia (Ron 2012, 37). Así, la Corte Constitucional ha sustanciado y resuelto varios procesos constitucionales dentro de los cuales intervienen personas o grupos pertenecientes a pueblos o nacionalidades indígenas, desarrollando en algunas de sus sentencias, medidas de reparación integral que pueden ser consideradas como reparaciones integrales interculturales.

Al respecto vale destacar la sentencia N.º 001-10-SIN-CC[13], emitida dentro de las causas N.º 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados), en el contexto de una acción pública de inconstitucionalidad en contra de la Ley de Minería. En esta sentencia la Corte Constitucional resaltó la importancia del arraigo hacia el territorio por parte de los pueblos indígenas, como una connotación especial que difiere de la tradicional interpretación del territorio como mera propiedad asumida por la concepción occidental de los derechos y dispuso como medida de reparación integral que el Estado previo a iniciar una actividad minera en territorios ancestrales de pueblos o nacionalidades indígenas, debe implementar procesos de consulta previa e informada que garanticen el respeto por los derechos colectivos.

Otro caso relevante, constituye la sentencia N.º 0008-09-SAN-CC[14], emitida dentro de la causa N.º 0027-09-AN, en el contexto de una acción por incumplimiento presentada por la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas Amawtay Wasi, en contra de la autoridad pública de educación de Ecuador. En este fallo, la Corte Constitucional aplicó un enfoque intercultural utilizando como referente conceptual las reglas de interpretación desarrolladas por la Corte

[13] Véase Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N.º 001-10-SIN-CC. Página revisada al 12-06-2015 en https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/SUBE_Y_BAJA/SUBE_Y_BAJA3/Sentencia_mineros.pdf
[14] Véase Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N.º 0008-09-SAN-CC. Página revisada al 12-06-2015 en https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/SUBE_Y_BAJA/SUBE_Y_BAJA3/0027-09-AN-res.pdf

Constitucional colombiana[15] frente a conflictos valorativos de órdenes jurídicos diversos, que establecen principalmente, que las normas legales priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, solo cuando protegen un valor constitucional superior al principio de la diversidad étnica y cultural. En este sentido, se ordenó como medida de reparación integral de tipo garantía de no repetición que la autoridad pública demandada, en todos los casos futuros, siempre que deba analizar alguna petición presentada por parte de pueblos o nacionalidades indígenas, deberá aplicar una interpretación intercultural.

Finalmente, es preciso subrayar la importancia de la sentencia N.º 004-14-SCN-CC[16], emitida en el caso N.º 0072-14-CN, en el contexto de un recurso incidental. En dicho recurso la autoridad jurisdiccional consultó a la Corte Constitucional la posibilidad de aplicación dentro de un proceso penal del artículo que tipifica el genocidio, en contra de personas del pueblo indígena de reciente contacto *Waorani*[17]; por cuanto los miembros de dicho pueblo presuntamente asesinaron a miembros del pueblo no contactado *Taromenane*. Sobre esta base, la Corte Constitucional considerando que en el caso concreto, estaban involucrados pueblos y nacionalidades indígenas en aislamiento voluntario, analizó la causa a través de una interpretación sistemática e intercultural.

Así, como medida de reparación integral, la Corte Constitucional dispuso que para la aplicación de la figura penal de genocidio, es menester que las autoridades jurisdiccionales verifiquen que las personas indígenas acusadas hubieren tenido conciencia y voluntad de daño, es decir, que se verifique la existencia de la *mens rea* o intención específica de cometer el delito de genocidio. De esta manera, se indicó en la referida sentencia que la comprobación de los elementos mentales encaminados hacia el crimen, resulta indispensable para efectos de la aplicación del tipo penal; de ahí que, la Corte Constitucional refirió la necesidad de un examen intercultural en el caso concreto, a través del cual se estimen -entre otros- el principio de "error de comprensión culturalmente condicionado[18]".

Adicionalmente se ordenó como medida de reparación integral, la exigencia de la implementación de una perspectiva intercultural en todas las fases del proceso penal, y además en todos los procesos

[15] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de revisión T-254/94.
[16] Véase Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N.º 004-14-SCN-CC. Página revisada al 12-06-2015 en https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/Sentencias/0072-14-CN.pdf
[17] Los Waorani son una población indígena del Ecuador amazónico y constituyen una de las catorce nacionalidades indígenas del Ecuador. La denominación *wao* significa "humano", mientras que *rani,* equivale a la terminación utilizada para el plural. Así, *waorani* puede ser traducido al castellano como "humanos".
[18] El principio de error de comprensión culturalmente condicionado, establece que no es posible imputar delitos a grupos indígenas que se encuentren imposibilitados culturalmente de conocer e interiorizar la norma penal por la cual se los acusa.

penales en que se encuentren involucradas personas de comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, especialmente, cuando tales pueblos se encuentren en aislamiento voluntario, a través de peritajes sociológicos y antropológicos que permitan identificar la cosmovisión y prácticas consuetudinarias que configuraron las acciones investigadas.

En el mismo sentido, aun cuando no consta en la parte resolutiva de la referida sentencia, en la parte motiva del fallo la Corte Constitucional estableció como medida de reparación integral que la sanción de privación de libertad no es el mecanismo idóneo para solucionar los conflictos existentes entre comunidades indígenas no contactadas y/o de reciente contacto. Por tanto, se dispuso que la sanción de privación de libertad sea la *última ratio* dentro procesos penales incoados en contra de personas de pueblos ancestrales, considerando que partir de una visión intercultural el alejar a miembros de pueblos indígenas no contactados o de reciente contacto de su entorno social e incorporarlos en un ambiente culturalmente ajeno, como los centros de rehabilitación social, produce una grave afectación en su relación comunitaria.

III. A modo de conclusión

La vulneración de derechos se traduce en el deber de reparar los daños que dicha vulneración hubiere generado. En el contexto ecuatoriano esta remediación se denomina *reparación integral*, concepto adoptado de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que implica el resarcimiento de los perjuicios ocasionados más allá del ámbito económico, abarcando en la medida de lo posible todas las dimensiones afectadas.

Sobre esta base, la administración de justicia constitucional ecuatoriana, en el marco de un Estado intercultural y plurinacional, enfrenta nuevos desafíos cuando precisa plantear reparaciones integrales frente a vulneraciones de derechos que ameritan una interpretación intercultural, como acontece en procesos constitucionales en que intervienen personas de pueblos o nacionalidades ancestrales.

En tal sentido, la Corte Constitucional del Ecuador, como el órgano máximo de la administración de justicia constitucional encargado de establecer diálogos interculturales a través de su jurisprudencia, ha emitido sentencias que contienen medidas de reparación integral que pueden ser consideradas como reparaciones integrales interculturales.

Así, la Corte Constitucional ecuatoriana ha sido enfática en establecer como medida de reparación integral que el Estado previo a iniciar una actividad minera en territorios de pueblos o nacionalidades indígenas debe implementar procesos de consulta previa e informada, en razón de la importancia de la relación de los territorios ancestrales con los pueblos originarios. Adicionalmente, debe considerarse la medida de reparación integral mediante la cual se restringió la prisión preventiva en procesos penales, en contra de personas de pueblos o nacionalidades indígenas, considerando que a partir de una interpretación intercultural dicha pena quebranta la relación comunitaria.

En suma, con objeto que la reparación integral sea realmente efectiva en casos que involucren conflictos entre matrices culturales diversas, es menester que la reparación integral responda a determinadas circunstancias, tales como, la condición de la víctima y la necesidad de interpretar interculturalmente la vulneración de derechos y su remediación.

Referencias bibliográficas

De Sousa Santos, Boaventura (2002) "Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos". En *El Otro Derecho 28*, 59-83.

Escudero, Jhoel (2013), "Reconocimiento constitucional del derecho a la reparación integral y su complicado desarrollo en Ecuador", en *Manual de Justicia Constitucional ecuatoriana.* Quito. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador.

García Ramírez, Sergio (2003), "Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos". En *Memorias del Seminario "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI"*, 129-158.

Garrido, Rafael (2013), *La reparación en clave de diversidad cultural: un desafío para la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Serie Magister. Volumen 22. Quito. Universidad Andina Simón Bolívar.

Martín Beristain, Carlos (2009), *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos.* Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Masapanta Gallegos, Christian (2015), *Acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Morris, Meghan; Rodríguez, César; Orduz, Natalia; y Buriticá, Paula (2009), *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional.* Bogotá. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos.

Ron Erráez, Ximena (2011), *El control constitucional de las decisiones jurisdiccionales indígenas en Ecuador.* Quito. Universidad Andina Simón Bolívar.

Rubio-Marín, Ruth (2006), "El género de las reparaciones: La agenda pendiente" en *¿Y qué fue de las mujeres? Género y reparaciones de violaciones de derechos humanos,* 20-51. New York: Social Science Research Council.

Storini, Claudia y Marco Navas Alvear (2013), *La acción de protección en Ecuador. Realidad jurídica y social.* Quito. Corte Constitucional del Ecuador.

Caso Dorigo: un esempio significativo del principio di massimizzazione delle tutele

Caso Dorigo: um exemplo significativo do princípio da maximização da proteção

Giulia Caponi
Universidade de Pisa

1) Il progressivo consolidamento della CEDU nel diritto interno

A seguito della riforma del Titolo V, la Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo hanno acquisito sempre più rilevanza nell'attività interpretativa dei giudici nazionali e della Corte costituzionale. L'art. 117 co. 1 Cost. riformato, infatti, impone allo Stato italiano di rispettare i trattati internazionali fra i quali è compresa anche la CEDU. In questo modo si è data copertura costituzionale alle fonti internazionali pattizie, colmando una lacuna protrattasi per oltre un cinquantennio[1].

[1] Come è ampiamente noto, il "*principio conformativo alle norme*", o "*trasformatore permanente*", elaborato da Perassi e successivamente previsto all'art. 10 1 co Cost., consente l'automatica trasformazione del contenuto di una norma internazionale generalmente riconosciuta in una corrispondente norma interna dell'ordinamento. Tale meccanismo non

Sarebbe, però, errato ritenere che prima della riforma costituzionale del 2001, la CEDU fosse completamente ignorata nell'attività ermeneutica degli organi giurisdizionali. Al contrario, il giudice costituzionale con la pronuncia n. 388/1999 ha valorizzato l'art. 2 Cost. in modo da imporre al giudice di interpretare in modo estensivo i diritti contemplati dalla Carta costituzionale, facendo riferimento anche alle norme pattizie intese come ausili interpretativi delle norme costituzionali[2].

La riforma costituzionale ha consentito al Giudice delle Leggi di sviluppare ulteriormente il tema dell'integrazione fra CEDU e ordinamento interno con le note "*sentenze gemelle*" n. 348 e 349/2007, avendo ora come base normativa non solo l'art. 2 Cost. ma anche il nuovo art. 117 1 co Cost[3]. In queste pronunce, infatti, il giudice costituzionale ha stabilito che la norme convenzionali, come qualunque altra norma pattizia, hanno il rango di norme interposte; ciò significa che sono tenute al rispetto delle norme costituzionali e dei principi fondamentali del nostro ordinamento ma sono superiori ad una qualunque legge ordinaria che non può derogarvi. Ciò implica, allora, che il giudice nazionale, tenuto ad applicare una legge interna, debba valutare se quest'ultima non si ponga in contrasto con una norma convenzionale; se all'esito di tale verifica, risulta impossibile compiere un'interpretazione adeguatrice della norma nazionale, l'organo giurisdizionale deve sollevare questione di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale per la violazione della

---

era previsto, però, per le norme di origine pattizia in quanto la proposta "Ago-Morelli" di costituzionalizzare l'ordine di esecuzione fu respinta dall' Assemblea Costituente. Per maggiori dettagli sul punto, si v. T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale,* vol. II, Roma, 1938, pag. 33 ss.; G. MORELLI,, *L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale in alcune recenti costituzioni,* in *Riv. dir. int.,* 1933, pag. 3 ss; F. SALERNO, *La Garanzia costituzionale della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo,* in *Riv. Dir. Int.,* n. 3/2010, pag. 641.

[2] Per un interessante approfondimento sul punto si v. il contributo di E. LAMARQUE, *La Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo. Istruzioni per l'uso,* in *La Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e l'ordinamento italiano. Problematiche attuali e prospettive per il futuro,* (a cura di) S. SORELLI, Giappichelli Editore, Torino 2015, pagg. 186 ss.

[3] Una più chiara definizione dei rapporti fra i due ordinamenti era necessaria anche per impedire la diretta disapplicazione delle norme interne contrastanti con la CEDU compiuta dai giudici nazionali che equiparavano le norme convenzionali alle disposizioni europee. Si v. Cass. I Sez. Civ. n. 10542/2002 e Cass. SU n. 28507/2005.

disposizione pattizia per tramite dell'art. 117 1 co. Cost. Il giudice costituzionale ha, poi, escluso la possibilità per i giudici interni di interpretare la Convenzione secondo le loro convinzioni, imponendo loro di confrontare la norma interna con la norma convenzionale così come interpretata dalla Corte EDU, unico giudice competente ad interpretarla[4].

Successivamente, il giudice costituzionale ha avuto occasione di precisare i contenuti delle "sentenze gemelle", affermando che la CEDU è portatrice di una tutela aggiuntiva dei diritti umani, idonea ad aumentare la protezione già accordata loro dalla Costituzione[5]. La protezione convenzionale deve essere integrata con quella offerta dal parametro costituzionale, dal momento che *"[C]on riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa*[6]". Questo principio (conosciuto come *principio di massimizzazione delle tutele*[7]) è affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 317/2009 e prevede, appunto, l'integrazione da parte del

---

[4] Questo monopolio interpretativo è stato attribuito dalla Corte costituzionale italiana alla Corte EDU di sua iniziativa in quanto l'art. 32 § 1 CEDU si limita ad estendere le sue competenze sull'interpretazione e applicazione della Convenzione, non precludendo, però, questa facoltà anche agli altri giudici. Per una considerazione più dettagliata, si v. E. LAMARQUE, *op.ci*t., pag. 192 ss.

[5] Non si può fare a meno di rilevare, però, che accanto ad un riconoscimento della portata interpretativa della CEDU come ausilio nell'implementazione delle tutela dei diritti umani, la Corte costituzionale, nella sent. 311/2009 di poco precedente e nella stessa decisione n. 317/2009, ha limitato il vincolo interpretativo gravante sui giudici nazionali al solo rispetto della "sostanza" della giurisprudenza convenzionale, introducendo così la dottrina del "margine di apprezzamento". Per un'analisi completa, si rinvia a M. MASSA, *La "sostanza" sulla giurisprudenza europea sulle leggi retroattive,* in *Giur. Cost.,* 2009, pag. 4679ss; R. CONTI, *Corte costituzionale e CEDU: qualcosa di nuovo all'orizzonte?,* in *Corr. Giur.,* n.5/2010 §4, pagg. 625 ss.

[6] Cit. §7 *Cons. in diritto*.

[7] Per un maggiore approfondimento sul tema si veda, fra i molti, G. PARODI, *Sentenze della Corte EDU come fonti del diritto*, in www.diritticomparati.it , 2012; E. LAMARQUE, *Effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. Giur.,* 2010, pag. 955 ss; S. FAGA, *Ancora sul rapporto fra diritto interno e CEDU: una "contaminazione virtuosa" delle due prospettive*, *in Giur. It*, vol. II, 2010, pag. 1780 ss. G. UBERTIS, *Sistema multilivello e prospettiva abolizionista del processo contumaciale,* in *Giur.cost.,* 2009, pag. 4705 ss.

giudice nazionale, fra parametro costituzionale e convenzionale, come interpretato dalla Corte EDU, esclusivamente al fine di ottenere la massima espansione delle garanzie. Questa integrazione deve essere compiuta tramite il bilanciamento fra i due valori contrapposti espressi nelle due norme e la soluzione che il legislatore o, in sua mancanza, il giudice, deve scegliere è quella che offre la maggiore tutela al diritto[8].

In questo nuovo sviluppo dei rapporti fra tutela nazionale e sovranazionale, perciò, il giudice nazionale, anche quello costituzionale, è chiamato a svolgere un ruolo estremamente importante ed attivo nella tutela dei diritti fondamentali.

Il noto *caso Dorigo* sulla revocabilità del giudicato penale a seguito di condanna da parte di Strasburgo è un esempio di come il *principio di massimizzazione delle tutele* ha consentito di risolvere il conflitto fra diritto ad un equo processo e il principio di certezza dei rapporti giuridici.

2) Il caso Dorigo e il principio di massimizzazione delle tutele

Il giudicato penale è un tema sul quale si sono scontrate maggiormente le opposte esigenze di certezza del diritto e di giustizia sostanziale. Come è noto, il giudicato, previsto all'art. 648 c.p.p., è la statuizione contenuta in una sentenza definitiva non più suscettibile di impugnazione.

La necessità di dare stabilità all'assetto degli interessi come definito nella pronuncia giurisdizionale vuole garantire la certezza dei rapporti giuridici che non devono essere rimessi in discussione all'infinito da pronunce successive. Allo stesso modo, svolge una funzione di garanzia del singolo individuo che è tutelato dal rischio di possibili *bis in idem* da parte dell'autorità giudiziaria. In tal

[8]" *Nel concetto di massima espansione delle tutele deve essere compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela. Questo bilanciamento trova nel legislatore il suo riferimento primario, ma spetta anche a questa Corte nella sua attività interpretativa delle norme costituzionali*".

modo, però, il giudicato, così rilevante per la dogmatica classica da essere considerato un "mito[9]", tutela solo l'imputato assolto o condannato ma poi ritenuto innocente a seguito di nuove prove. Rimane privo di tutela, invece, colui che è stato condannato a seguito di un processo iniquo in quanto i vizi processuali sono coperti dal giudicato[10]. In questa concezione, dunque, è "*più importante che la sentenza sia definitiva, anche se ingiusta, piuttosto che la lite possa continuare in eterno* [11]".

L'adesione dell'Italia alla Convenzione europea e le numerose condanne di Strasburgo per violazione dell'art. 6 CEDU sul giusto processo hanno, però, evidenziato questo profilo critico ed hanno, di conseguenza, imposto allo Stato di rivedere il mito del giudicato al fine di rispettare l'obbligo di rimuovere le conseguenze delle violazioni convenzionali per eseguire le sentenze della Corte EDU ex art. 41[12] CEDU.

Il processo di erosione dell'intangibilità del giudicato ha avuto un'accelerazione a seguito della complessa vicenda giudiziaria che ha visto coinvolto Paolo Dorigo, un esponente del gruppo

---

[9] La locuzione di "*mito del giudicato*" è riconducibile a G. LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. Proc. Pen*., 1956, pag. 167 ss.

[10] Come afferma L. BIN, il giudicato penale era volto alla tutela di "*chiunque-altro-dal reo*". Si v. L. BIN, *La fermezza del giudicato tra dogma, pragma e principi costituzionali,* in *Cass. pen.*, pag. 2959 e ss.

[11] Cit. F. COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli, 1969, pag. 248. Contrario è Leone per il quale la democrazia non può tollerare che un'esigenza politica inerente l'organizzazione della società possa limitare un diritto della personalità, espressione di un interesse generale della società stessa. Per maggiori dettagli si v. G. LEONE, *op.cit*, pag. 175 ss; sostanzialmente d'accordo V. SCIARABBA, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, CEDAM, 2012, pag. XIII.

[12]Tale obbligo è attualmente previsto dall'art. 5 co. 3 lett. a-bis (come mod. dalla L. 12/2006) che attribuisce al Presidente del Consiglio il compito di promuovere gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce europee emesse nei confronti dell'Italia e di comunicarle alle Camere ai fini dell'esame da parte delle competenti Commissioni. Per un approfondimento sul tema, si v. M. MIDIRI, *La CEDU in Parlamento*, in *La Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e l'ordinamento italiano. Problematiche attuali e prospettive per il futuro*, (a cura di) S. SORELLI, Giappichelli Editore, Torino 2015, pagg. 135 ss. Sotto il profilo più specifico del giudicato penale si v. G. LATTANZI, *Aspetti problematici dell'esecuzione delle sentenze della Corte Edu in materia penale*, in *Cass. pen*., n. 10/2014, pagg. 3192 ss.

terroristico delle "Brigate Rosse". A metà degli anni Novanta, Dorigo è stato condannato dalla Corte di Assise di Udine, poi confermata in appello, a tredici anni e sei mesi di reclusione sulla base di dichiarazioni di imputati "connessi" che, però, in dibattimento si erano sottratti al controesame dell'imputato. Dal momento che il diritto costituzionale dell'imputato di esaminare i testimoni a carico è stato previsto all'art. 111 co. 3 e 5 Cost. solo dopo la riforma del 1999 sul giusto processo, la Corte di Cassazione ha ritenuto il processo privo di vizi, confermando così la pena stabilita in appello[13]. Il condannato ha fatto ricorso all'allora Commissione europea sui diritti dell'uomo, poi divenuta Corte di Strasburgo, che nel 1998 ha riconosciuto la violazione dell'art. 6 § 3 CEDU in combinato disposto con l'art. 6 §1 perché la condanna non era stata preceduta dall'acquisizione in dibattimento delle dichiarazioni degli imputati "connessi", la cui veridicità avrebbe dovuto essere provata dagli inquirenti nella fase del giudizio. Pertanto, la violazione dei principi del giusto processo era stata causata da un vizio procedurale che, secondo la Commissione di Strasburgo, rendeva illegittima la decisione definitiva.

Nel caso in esame, l'Italia avrebbe correttamente adempiuto all'art. 41 CEDU solo se avesse revocato il giudicato e avesse nuovamente riaperto il processo penale nei confronti di Dorigo. Il legislatore, però, non aveva previsto nessuno strumento per riaprire i processi penali a seguito di condanna di Strasburgo, e pertanto è sorto il problema di come eseguire tale decisione nell'ordinamento interno. Infatti, l'unico mezzo di impugnazione previsto era la revisione ex art. 630 c.p.p. la cui applicazione, però, era limitata solo ad ipotesi tassative che non ricomprendevano vizi procedurali. In assenza dell'intervento del legislatore e sotto pressione del Consiglio d'Europa, il giudice di appello, davanti al quale pendeva la richiesta di revisione presentata da Dorigo, decideva, invece, di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 630 lett. a) c.p.p. per

[13] La decisione della Suprema Corte riprende il disposto della sentenza n. 254/1992 della Corte costituzionale che ammetteva l'uso delle dichiarazioni pre-dibattimentali di imputati connessi o collegati che nel processo avevano fatto valere il loro diritto al silenzio.

presunta violazione degli artt. 3 e 10 Cost. nella parte in cui non ricomprendeva anche l'ipotesi di riapertura del processo a seguito di condanna della Corte EDU, nonostante che la Corte di cassazione riteneva che l'incidente di esecuzione ex art. 670 c.p.p. e il procedimento per la correzione degli errori materiali o di fatto ex art. 625 bis [14]c.p.p fossero le soluzioni applicabili quando vi era un processo considerato "non equo" da Strasburgo[15].

La Corte costituzionale con la sentenza n. 129/2008 ha dichiarato la questione non fondata perché riteneva che la nozione di "revisione", così come intesa da Strasburgo, fosse diversa da quella accolta nell'ordinamento interno: per la prima era sufficiente un qualunque vizio processuale per riaprire il processo mentre per la seconda la revisione era ammessa solo se vi erano due giudicati logicamente contraddittori. Inoltre, benché il giudice costituzionale sostenesse che il bilanciamento fra certezza del diritto e stabilità della cosa giudicata fosse compito che spetta esclusivamente al legislatore, al termine della pronuncia, ha affermato, però, di "*non potersi esimere dal rivolgere al legislatore un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall'art. 6 della CEDU*[16]".

---

[14] Con riferimento, invece, all'art. 625-bis c.p.p., si citano ex multis Cass. pen. n. 45807/2008 (caso Drassich) e n. 16507/2011

[15] Il riferimento è alla sent. n. 2800/2007 con riguardo all'incidente di esecuzione nella quale viene stabilito che vi sono "*evidenti ragioni di coerenza interna dell'ordinamento che impediscono di considerare legittima e regolare una detenzione fondata su un sistema di condanna pronunciata in un giudizio nel quale sono state poste in essere violazioni del giusto processo*". Ha altresì ritenuto che la previsione di strumenti giuridici idonei a riaprire il giudicato è un'esigenza imprescindibile per garantire effettività al ricordo dell'interessato e pertanto costituisce per il legislatore un dovere primario. Con commento di L. DE MATTEIS, *Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il giudicato penale: osservazioni intorno al caso "Dorigo*", in *Cass. pen*., n.2/2007, pag. 1448 ss; F. PALOMBINO, *Sull'onestà del giudicato di Strasburgo a rendere inefficace il contrastante giudicato nazionale*, in *Giur.it*., n.3/2007, pagg. 2282

[16] Cit. Considerato in diritto §7.

Nonostante il monito della Corte costituzionale, il legislatore non è intervenuto. Così, quando nuovamente la questione è stata sottoposta all'attenzione del giudice costituzionale, quest'ultimo con la sentenza n. 113/2011 non ha avuto alcuna esitazione a dichiarare l'art. 630 c.p.p. incostituzionale per violazione dell'art. 6 CEDU per tramite dell'art. 117 co.1 Cost. nella parte in cui non estende la revisione anche a seguito di una condanna di Strasburgo[17]. Infatti, *"[P]osta di fronte a un vulnus costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio: e ciò, indipendentemente dal fatto che la lesione dipenda da quello che la norma prevede o, al contrario, da quanto la norma (o, meglio, la norma maggiormente pertinente alla fattispecie in discussione) omette di prevedere*[18]". La Corte ha compiuto un bilanciamento fra certezza del diritto e stabilità della cosa giudicata con l'esigenza di riaprire il processo per errori procedurali ed ha concluso che in questo caso il diritto del singolo debba prevalere. Essa ha affermato che i principi del giusto processo, così come previsti in Costituzione, devono essere interpretati alla luce della giurisprudenza europea che impone la riapertura del procedimento in presenza di un violazione dell'art. 6 CEDU. Così, l'art. 630 c.p.p. è affetto dalla c.d. "*illegittimità per omissione*" nella parte in cui non prevede, come ulteriore caso di revisione, una condanna della Corte di Strasburgo. In questo contesto, i giudici nazionali hanno un ruolo fondamentale perché spetta a loro valutare la possibilità di attuazione di questa nuova ipotesi di revisione, tenendo ben presente che non devono applicare le disposizioni dell'art. 630 c.p.p. che siano logicamente incompatibili con l'obbiettivo perseguito[19]. In ogni caso, il legislatore rimane libero di prevedere altro istituto più idoneo a garantire tale diritto all'interessato, dal momento che il

[17] Non si pongono dubbi sull'ammissibilità della questione perché la norma impugnata non è solo la lett. a) ma tutto l'art. 630 e il parametro che si ritiene violato non sono più gli artt. 3 e 10 Cost. ma è l'art. 6 CEDU per tramite dell'art. 117 1 co Cost., come ha precisato la stessa Corte costituzionale.

[18] Cit. *Considerato in diritto* §7.

[19] Si v. *Considerato in diritto* §8.

giudice costituzionale ha individuato la revisione come l'unica soluzione che non richiedesse modifiche all'ordinamento[20].

Per una parte della dottrina[21], la sentenza n. 113/2011 inaugura un nuovo tipo di sentenza additiva di principio, detta "*d'istituto*", che afferma un principio desumibile dal sistema e lo affianca a regole puntuali che concorrono a disciplinarlo.

Una parte della dottrina[22] ha assunto una posizione critica su questo modo di procedere perché ha ritenuto che la *ratio* dell'art. 630 c.p.p. sia stata piegata dalla Corte costituzionale alla necessità di prevedere un mezzo di impugnazione straordinaria per garantire effettività ad un diritto altrimenti non tutelabile, invadendo in tal modo la discrezionalità legislativa e ottenendo così il risultato paradossale che la legge, approvata proprio per garantire i diritti nel processo, è dichiarata illegittima perché lesiva dei diritti che doveva proteggere. Benché sia comprensibile, infatti, che il Giudice delle leggi abbia cercato una soluzione per un inadempimento così clamoroso, prevedere uno scenario di "*etero-integrazione e supplenza*[23]" affidato ai giudici comuni comporta, però, un rischio per la certezza dei rapporti giuridici e per l'uniforme applicazione della legge processuale.

---

[20] Si v. *Considerato in diritto* §9. Critica sul punto è MALFATTI per la quale la motivazione è troppo articolata e frutto di "voli pindarici" da cui è molto difficile per i giudici nazionali trarre i necessari corollari applicativi. Si v. E. MALFATTI, *Quando perseverare non è diabolico. Dalla vicenda Dorigo un fondamentale stimolo alla possibile "revisione" del giudicato interno*, in www.rivistaaic.it , n. 4/2011.

[21] M. GIALUZ, *Una sentenza additiva di istituto: la Corte costituzionale crea la revisione europea,* in Cass. pen. n. 10/2010.

[22] R. KOSTORIS, *La revisione del giudicato interno iniquo e i rapporti fa violazioni convenzionali e regole interne,* in *Gli effetti dei giudicati europei sui giudicati italiani dopo la sentenza n. 113/2011,* in www.rivistaic.it n. 2/2011, pag. 7; G.CANZIO, *Giudicato europeo e giudicato penale* italiano*: la svolta della Corte costituzionale*, in www.rivistaaic.it n. 2/2011, pag. 4. Dello stesso avviso è G. GIALUZ, *op.cit.*

[23] Cit. G. CANZIO, *op.cit.*, pag. 5.

Un'altra parte della dottrina[24], ha, invece, sostenuto che la Corte costituzionale ha agito correttamente nell'affidare l'applicazione della revisione europea ai giudici nazionali al fine di rimediare alle carenze strutturali del nostro ordinamento rispetto agli impegni sovranazionali assunti[25], ferma restando la piena discrezionalità del legislatore ad intervenire se e quando lo riterrà opportuno. Così come delineato dalla sentenza n. 113/2011, il ruolo dei giudici interni è di supplenza in attesa dell'intervento del legislatore, limitandone la discrezionalità a quanto necessario per garantire effettività ai diritti fondamentali.

Indubbiamente, tale decisione vede l'applicazione del *principio di massimizzazione delle tutele* in tutti i suoi aspetti. In primo luogo, la Corte costituzionale ha giustificato il suo intervento perché il legislatore, nonostante i moniti, non è intervenuto, sottraendosi all'opera di bilanciamento che per primo era tenuto a fare e, nello stesso tempo, ha valorizzato il ruolo suppletivo che gli organi giurisdizionali assumono. Inoltre, il suo ragionamento segue quello tracciato dalla sentenza n. 317/2009. Il nuovo art. 111 Cost. afferma, infatti, che un processo per essere giusto deve consentire un confronto fra imputato e accusatore ma nulla dice sulla possibilità di riapertura del giudicato ingiusto per vizi procedurali, facoltà invece garantita dall'art. 6 CEDU come interpretato dalla Corte EDU. Di conseguenza, se la norma costituzionale deve essere interpretata alla luce della norma convenzionale, l'art. 630 c.p.p. deve essere dichiarato incostituzionale perché si pone in contrasto con l'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 111 Cost. Perciò, il *principio di massimizzazione delle tutele* e la collaborazione reciproca fra Corti nazionali e internazionale hanno contribuito a risolvere la questione del giudicato penale, ampliando la tutela dei diritti fondamentali.

---

[24] A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la CEDU… ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti,* in *Gli effetti dei giudicati europei sui giudicati italiani dopo la sentenza n. 113/2011,* in www.rivistaaic.it, n.2/2011, pag. 18 ss.

[25] Più nel dettaglio, si v. A. RUGGERI, *op.cit*. pag. 20.

3) Dialogo fra Corti: quale livello di tutela?

L'erosione del giudicato penale a favore del diritto del singolo ad un giusto processo, realizzata con il *principio della massimizzazione delle tutele,* esprime chiaramente il ruolo fondamentale che stanno progressivamente assumendo il dialogo e la collaborazione fra le Corti nella tutela dei diritti. Il suo incremento non può prescindere dal continuo raffronto fra l'attività ermeneutica della norma interna propria del giudice nazionale con quella della norma pattizia compiuta della Corte europea, così come delineato nella sentenza n. 317/2009 e attuato nella pronuncia in commento.

Questo modo di procedere, infatti, contribuisce allo sviluppo della c.d. *tutela multilivello dei diritti*, una declinazione del concetto di più ampia portata dell'*internalizzazione del diritto costituzionale*. Secondo una tesi[26] da condividere, questo processo consente alle fonti internazionali e ai loro giudici, nel caso in esame la CEDU e la Corte di Strasburgo, di svolgere una funzione suppletiva delle carenze delle norme costituzionali, contribuendo in modo significativo all'espansione dei diritti[27]. Un esempio[28] di questa funzione sussidiaria è rappresentata dal caso Dorigo dove l'art. 6

---

[26] Si tratta della teoria del c.d. "*compensatory constitutionalism" (* o *"supplemental constitutionalism*") elaborato da J.L. DUNOFF, J.P. TRACHTMAN, *A Functional Approach to International Constitutionalization*, in *Ruling the world? Constitutionalism, international Law and Global*, Cambridge University Press, 2009 pagg. 5 ss.; A. BUCHANAN, The *Heart of Human Rights*, Oxford, 2013, pp. 173-223; R. BIFULCO, *La c.d costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in www.rivistaaic.it, n. 4/2014, pagg. 17 ss.

[27] Alcuni autori sostengono che il processo di internazionalizzazione è un'esigenza imperativa nell'ambito dei diritti umani. Per maggiori dettagli si v. B.O. BRYDE, *Il giudice costituzionale e il dialogo dei costituzionalisti internazionali*, in *Giudici e diritto straniero*, B. MARKESINIS, J. FEDTKE (a cura di), Bologna, 2009, pagg. 401ss; R. CONTI, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne Editore, 2011, pag. 368. Per altri, è una conseguenza insita nella natura stessa del costituzionalismo moderno che ha tendenza universalistica. Al riguardo si v. V.ONIDA, *I diritti umani nella comunità internazionale,* in *Rivista, Il Mulino,* 2006, pag. 411 ss. Contrario è Azzariti, per il quale la dimensione cosmopolita che stanno assumendo i diritti segna un deciso distacco dal costituzionalismo moderno. Si v. G. AZZARITI, *La Costituzione può sopravvivere?,* Edizioni La Terza, 2013, pag. 72 ss.

CEDU, come interpretato da Strasburgo, ha consentito alla Corte costituzionale di estendere la portata dell'art. 111 Cost. anche alle ipotesi di riapertura del processo per vizi processuali, creando *ex novo* l'istituto della "revisione europea".

I rischi paventati da un'illustre dottrina[29], di decisioni politiche affidate ai giudici invece che al legislatore e di una visione troppo armonica, e quindi non realistica, dei rapporti fra le Corti non costituiscono ragioni sufficienti per limitare il dialogo fra di esse e l'apporto degli organi giurisdizionali alla costruzione di una tutela sempre più avanzata dei diritti tramite l'"*internazionalizzazione degli standard normativi*[30]". È indubbio, infatti, che spetta al legislatore individuare la portata dei diritti ma in sua assenza, è impensabile che essi restino senza tutela. Per questo, il ruolo suppletivo dei giudici ordinari e costituzionale dovrebbe coesistere insieme all'attività legislativa:[31] l'uno non dovrebbe escludere l'altro.

Allo stesso modo, nei rapporti fra Corte costituzionale e la Corte EDU il concetto di "*dialogo*" ricomprende sia ipotesi di consenso ma anche, e soprattutto, dissensi, come del resto è naturale tra soggetti che continuamente si confrontano[32]. Questi dissidi su singole questioni che trovano giustificazione nei concetti di "*margine di apprezzamento*[33]", nella *teoria dei contro-limiti* e nello

---

[28] Altro esempio di questa tendenza è quello relativo alla pubblicità delle udienze nel quale la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale l'art. 4 L. 1423/1956 per violazione dell'art. 6 §1 CEDU con la pronuncia n. 93/2010.

[29] M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in www.rivistaaic.it, 2006.

[30] Cit. V.ONIDA, *La Costituzione ieri e oggi: la "internazionalizzazione del diritto costituzionale. Relazione al Convegno della Accademia Nazionale dei Lincei*, Roma, 9-10 gennaio 2008, pag. 9.

[31]Una posizione ancora più netta è quella di Silvestri per il quale il principio della massimizzazione delle tutele è l'evoluzione del principio della certezza del diritto la cui attuazione deve essere affidata al giudice, e non più o non soltanto, al legislatore. G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali,* in *Quad. cost.,* 2006, pag. 16 ss.

[32] Esemplificativa è la sent. 264/2012 della Corte costituzionale nella quale il giudice costituzionale si è discostato da Strasburgo a seguito di un diverso bilanciamento compiuto fra l'interesse al pareggio di bilancio con il diritto ad un giusto processo ex art. 6 CEDU che vieta l'applicabilità delle leggi di interpretazione retroattiva nei giudizi pendenti.

[33] Per un approfondimento sul tema si rinvia a SAPIENZA R., *Sul margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, in *Riv. Dir. int*., 1991, pag. 571 ss;

stesso principio della *massimizzazione delle tutele*, sono espressione del c.d. "*dinamismo giurisprudenziale*[34]" multilivello e sono volti ad evitare il rischio di una standardizzazione delle tutele.

Recentemente, però, la Corte costituzionale ha assunto una posizione diversa nei confronti della CEDU, che va oltre il normale conflitto fisiologico del rapporto con la Corte europea. Infatti, con la pronuncia n. 49/2015 il giudice costituzionale ha ridimensionato l'apporto della giurisprudenza convenzionale nell'interpretazione delle norme interne tramite la riaffermazione del previo obbligo di esperire l'interpretazione conforme a Costituzione e la selezione di quale giurisprudenza convenzionale il giudice interno è tenuto a prendere in considerazione, eventualmente sollevando la questione di costituzionalità[35]. Si assiste, dunque, ad un ridimensionamento e ad un depotenziamento *del principio di massimizzazione delle tutele* rispetto alla sua attuazione nel caso Dorigo*:* da strumento volto ad aumentare la protezione dei diritti anche a scapito del principio di certezza del diritto, esso è considerato adesso uno strumento di tutela solo se rispetta la stessa certezza del diritto. Infatti, l'integrazione delle tutele viene limitata sia dal rafforzamento dell'obbligo di dare prevalenza all'interpretazione conforme a Costituzione[36] nel caso di conflitti

---

E. BENEVISTI, *Margin of appreciation, consensus and universal standards*, in *New York Journal*, 1999, pag 843 ss; P. TANZANELLA, *Il margine di apprezzamento*, in *Diritti in azione: università e pluralismo dei diritti fondamentali delle Corti europee*, M.CARTABIA (a cura di), 2007, pagg. 144 ss.

[34] Cit. M. CARTABIA, *op.cit*., pag. 30.

[35] Numerose sono state le critiche a questa pronuncia da parte della dottrina. *Ex multis*, A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti della Consulta al rilievo della CEDU in ambito interno*, in www.dirittopenalecontemporanei.it,2015; G. CIVIELLO, *La sentenza Varvara c. Italia non "vincola" il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologo fra Corti?,* in *Arch. Pen*. n.1/2015; R. CONTI, *La Corte assediata? Osservazioni a margine della sentenza n. 49/2015*, in www.giustorg.it, V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49/2015, giurisprudenza della corte dei diritti umani, art. 117, obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in www.rivistaaic.it , n. 2/2015; D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49/2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU,* in *Quad. cost*., n. 2/2015; G. SERGES, *Sentenze costituzionali e dinamica delle fonti*, Editoriale Scientifica, 2015, pag. 98 ss.

[36] *"Il più delle volte, l'auspicabile convergenza degli operatori giuridici e delle Corti costituzionali e internazionali verso approcci condivisi, quanto alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, offrirà una soluzione del caso concreto*

interpretativi, sia dalla individuazione delle caratteristiche[37] che le pronunce europee devono avere per essere tenute in considerazione dal giudice. Perciò, se questo nuovo assetto dei rapporti dovesse essere riaffermato in decisioni successive, la tutela multilivello dei diritti e lo stesso processo di internazionalizzazione del diritto costituzionale potrebbero subire una battuta di arresto con il rischio, paventato in dottrina[38], che anche la protezione dei diritti possa assestarsi ad un livello inferiore rispetto al passato.

---

capace di conciliare i principi desumibili da entrambe queste fonti. Ma, nelle ipotesi estreme in cui tale via appaia sbarrata, è fuor di dubbio che il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana".

[37] *"È, pertanto, solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo*".

[38] A. RUGGERI, *op.cit*. pag. 3. Per l'A. la sentenza n. 49/2015 "*può aprire le porte, sotto l'ombrello dell'art. 101 co. 2 Cost., ad operazioni potenzialmente al ribasso nella protezione dei diritti fondamentali, in nome di un patriottismo costituzionale senza limiti"*.

DOUTRINA NACIONAL

A PRÁTICA ARGUMENTATIVA NO ENSINO JURÍDICO COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

LA PRATICA ARGUMENTATIVA NELLA INSEGNAMENTO GIURIDICA COME UN MECCANISMO EFFICACIA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

Cláudio José Amaral Bahia[1]
Rogério Piccino Braga[2]

RESUMO

A vinculação sagrada aos enunciados normativos, faz do Brasil um Estado positivista não somente por opção, mas por força de sua cultura jurídico-constitucional. Dizer a lei se torna tarefa cada vez mais difícil e, nesse cenário, à argumentação incumbe a missão da subsunção fundamentada. Os debates não possuem mais força de persuasão e as teorias tradicionais da argumentação não se fazem instrumentos hábeis. A presença de estratagemas na prática argumentativa é constante. Sua identificação e superação, como se propõe a seguir, são fundamentais para a efetivação de direitos até então inalcançável, pelo rigor do texto legal. A superação do Estado "boca da lei" começa nos bancos acadêmicos.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; ensino jurídico; argumentação jurídica.

[1] Doutor em Direito do Estado - PUC-SP. Mestre em Direito - ITE-Bauru. Professor do Programa de Mestrado do Centro Universitário de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino – ITE.
[2] Mestre e doutorando em Direito Constitucional pelo Centro Universitário de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino – ITE. Professor universitário na Universidade Norte do Paraná – UNOPAR/Bandeirantes.

SOMMARIO

L'attaccamento sacro alle dichiarazioni normative rende il Brasile uno stato positivista non solo per la scelta, ma anche per la sua cultura giuridico-costituzionale. Dire che la legge diventa un compito sempre più difficile e, in questo scenario, la missione di sussunzione si basa sull'argomento. I dibattiti non sono più persuasivi e le teorie tradizionali dell'argomentazione non sono strumenti intelligenti. La presenza di stratagemmi nella pratica argomentativa è costante. La sua identificazione e superamento, come proposto di seguito, sono fondamentali per la realizzazione di diritti finora irraggiungibili, per il rigore del testo giuridico. Il superamento dello stato "bocca della legge" inizia nelle banche accademiche.

Parole Chiave: diritti fondamentali; Educazione legale; Argomentazione legale

INTRODUÇÃO

A cultura acadêmica brasileira desacostumada à difusão da argumentação jurídica nos bancos universitários, depara com a dificuldade do operador do direito quando em contato com a sociedade. A interpretação da diversidade de atos normativos existente no contexto jurídico brasileiro, depende única e exclusivamente da forma como se empreende a argumentação correta em busca da efetivação de um direito. Uma demanda incompatível com as forças humanas de trabalho no Poder Judiciário nacional e a judicialização de tudo, de todos os anseios, cuja realização poderia ocorrer na esfera extrajudicial, são fatores que ocupam o dia a dia do Estado, como detentor do poder de solução dos conflitos de interesses. Com isso, a efetivação de direitos, como resultado do manejo de argumentos sólidos, de técnicas argumentativas consolidadas e da interpretação constitucional, se tornou algo raro.

A letra da lei acaba por se tornar, portanto, o único instrumento que socorre o jurisdicionado e seu defensor, diante do Estado responsável pela solução dos casos concretos de origem nos conflitos de interesses e até mesmo entre os bens sociais primários a serem perquiridos pelo cidadão, na vida em sociedade – fruto do contrato social do qual é parte. Pouco se dialoga com a interpretação materializada por fundamentos argumentativos e muito se investe na interpretação literal do enunciado normativo, sem dele extrair-se normas a cada caso concreto. Aparentemente a lei “diz tudo” o que se precisa, principalmente por, da mesma forma aparente, existir previsão legal para todos os casos, nessa equivocada noção do direito definido como um conjunto de regras. O direito transcende a esfera normativa, no entanto. É o direito uma experiência jurídica que estabelece contato direto com outras três dimensões, a

saber, os fatos e os valores universais convencionados por cada sociedade. A argumentação, por isso, se perfaz em instrumento do direito nessa experenciação das três dimensões citadas. Diante do fato, as razões devem ser devidamente invocadas e argumentadas, tanto para sua subsunção às regras preexistentes, como para a conformação normativa de tal ocorrido, uma vez empregada a devida valoração aos acontecimentos em sociedade.

Pautar-se exclusivamente em premissas dogmáticas, como ponto de partida para a efetivação de direitos, não é de todo razoável, num cenário em que apenas dizer a vontade da lei, difere da extração da vontade do legislador. Esta última tarefa, portanto, abre luz ao caminho da argumentação, da extração de premissas fáticas, de topois enraizados no verdadeiro significado de justiça. As inferências silogísticas não guardam intimidade com as premissas dogmáticas, onde a lógica possui exaurido seu campo de atuação. O mesmo não ocorre com as premissas fáticas, tópicas. Nesse intento é que a argumentação jurídica exerce fundamental importância, ao valorar de forma justa a conduta humana e seus resultados. Estabelecer a diferença, por assim dizer, entre regras e normas é imprescindível nesse contexto. A norma, por seu aspecto abstrato, estaria a significar o contato puro e íntimo com o real sentido extraído da regra – texto normativo por consequência. Ao passo que o direito posto, em sua incompletude e desprovidos de fortes campos de evidência, este sim passível de interpretação concluída pelo justo processo argumentativo, livre da intervenção de mecanismos aptos somente à mudança desautorizada da vontade do legislador ou da extração de sentido.

1 Argumentação e direito no Estado Democrático

Não se trata - ao ponderar sobre a função da argumentação jurídica na aplicação do direito -, de considerá-la sob um enfoque técnico e competitivo, rumo à vitória em um debate, em detrimento das estruturas evolutivas do constitucionalismo. Razão ampara Niklas Luhmann (2016, p. 451) ao afirmar "que aqui não se trata da diferença entre bons e maus argumentos, entre argumentos mais e menos convincentes; ora, em ambos os casos eles já são argumentos", demonstrando que nem todo contexto comporta alteração via argumentação. De se lembrar como inalterável, o símbolo da validade do direito. Não é livre o campo da argumentação como outrora se preservava no pensamento jurídico ou filosófico e, não se confunde o movimento da validade, com o movimento da argumentação. Dependem um do outro, porém. De se lembrar, ainda, no que concerne ao movimento de validade (do direito), que o direito não se resume ao conjunto de regras, ao ordenamento jurídico de determinado

Estado, nem mesmo e tão somente ao aspecto sociológico, ou por terceiro, ao seu viés axiológico de aplicação, formulação e reestruturação evolutiva. Dito de outra forma, o direito é um só e, em seu símbolo de validade, encontra-se fora do alcance dos argumentos, ao que bem se empresta novamente os ensinamentos do autor homenageado acima:

> Para que se compreenda a argumentação, é decisivo, antes de tudo, compreender o que argumentos *não podem* alcançar e o que eles *não podem* produzir. E o que não pode alcançar é: alterar o símbolo da validade do direito. Nenhum argumento, seja lei, contrato, testamento ou uma decisão jurídica provida de força legal, é capaz de mudar o direito vigente. Argumento algum pode conferir validade a novos direitos e obrigações, e assim criar condições que, por sua vez, possam ser modificadas. Esse não *poder* serve de descarga da argumentação: uma dispensa tendo em vista outro tipo de disciplina. Esse depender da validade é, ao mesmo tempo, condição para que a argumentação jurídica se restrinja ao direito filtrado pelo direito e que não possa resvalar nos preconceitos morais ou de outra ordem (LUHMANN, 2016, p. 451).

Nesse aspecto, até por se considerar o direito como incompleto e impuro no que se refere à baixa resistência às investidas da evolução social - notadamente por via do que se convencionou denominar de constitucionalismo contemporâneo e seus princípios como eixo de deslocamento -, a argumentação exerce preciosamente a função de conferir-lhe efetividade, eficácia social, portanto. Infelizmente, ao que bem define Ronald Dworkin (2007, p. 478), *"*nosso conceito de direito vincula direito à justificativa atual de força coercitiva, e portanto vincula-o à prestação jurisdicional: o direito é uma questão de direitos defensáveis no tribunal*"*. E nesse campo, a herança do *common law* já inventariada e incorporada ao patrimônio do *civil law* brasileiro, faz crer na existência de um terreno ainda mais raso ao que se dedicaria à argumentação jurídica, com margem, muitas vezes ou apenas, para uma apertada inferência silogística judicial.

De uma forma ou de outra, há de se considerar que a argumentação cria o direito, em uma espécie de cadeia consequencial a traduzir que a interpretação o cria também, assim como a prestação jurisdicional da mesma forma o faz nascer. Bom frisar que o direito não se reduz somente ao produto do trabalho do legislador ao inovar a ordem jurídica, como ensinava a Teoria Pura do Direito, mediante uma tentativa de embutir o positivismo no pensamento jurídico, ou para evitar o que chamava de *"*sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto*"* (KELSEN, 1997, p. 2). Nos dias atuais, por força do dinamismo da evolução social, tais limites remanescem, porém, reformulados ao que se tem pelo conceito já citado de símbolo de validade do direito – esse considerado não como limite a lei, mas sim como bases estruturais de um novo conceito do que é verdadeiramente o direito, a saber: a dogmática

jurídica, a história do direito e seus aspectos axiológicos, sob o enfoque tridimensional (REALE, 2002, p. 321).

Ainda que, para muitos, o direito seja – por força do sistema *common law* – os direitos defensáveis no tribunal, de se dizer que a solidez do que se afirmou acima no que tange à criação do direito por meio tanto da prestação jurisdicional, quanto pela interpretação ou pela argumentação, ainda se perfaz. Deve-se diferenciar os conceitos de regra e norma, ainda que ambos venham a integrar uma definição única de direito, como já ensaiado anteriormente. Se fundido o significado de direito no de regras, não há que se falar em criação do direito por meio do que se defende nos tribunais. O Judiciário – tanto no *common law*, quanto no *civil law* – não inova a ordem jurídica, assim considerada o conjunto de leis. Por consequência, não estaria criando o direito. Se o magistrado, desse modo, fosse considerado a boca da lei, somente aplicando-a ao caso concreto, ainda que por meio de uma rasa e apertada interpretação – sem o encargo da fundamentação -, da mesma forma não estaria criando o direito – este como premissa de raciocínio, considerado somente a lei. Por derradeiro, o silogismo judicial a moldar o gesso de uma argumentação *sui generis*, não seria apto a criar o direito.

Apartado o direito da validade, e esta, obtida por meio dos mecanismos de interpretação e integração – acrescente-se a argumentação como via substantiva de obtenção ou localização do sentido do direito posto -, não haveria como conferir-lhe eficácia social. Nessa linha "é possível conceber um sistema jurídico ideal e, deste modo, sem incorrer em contradição, afirmar: esse sistema jurídico nunca será válido" (ALEXY, 2009, p. 28). A se pensar que "não há conhecimento inato, pela mesma razão por que não há árvore que contenha folhas e frutos ao sair da terra" (VOLTAIRE, 2006, p. 1), também o direito não surge e se desenvolve sem a argumentação, sem a interpretação e sem os mecanismos de integração. Por essa razão é que Giuseppe Lumia (2003, p. 4) bem define o direito como um fenômeno jurídico demasiadamente complexo, objeto de estudo não somente de uma única disciplina, mas outras tantas que se dedicam a tratar dos aspectos da ciência jurídica e não simplesmente como o conjunto de regras editado como fruto do trabalho do legislador:

> A multiplicidade dos aspectos que o fenômeno jurídico apresenta ao observador explica por que ele não constitui objeto de estudo por parte de uma única disciplina e por que, consequentemente, não existe uma única ciência jurídica, mas uma pluralidade de ciências que têm por objeto o direito, cada qual atenta a dele colher um aspecto particular, ainda que o nome "ciência jurídica" seja atribuído, habitualmente e por antonomásia, a apenas uma dessas ciências, a jurisprudência, em razão da proeminência que desfrutou no curso da história. Mas, além de ser

> objeto de análise científica, a experiência jurídica é tema de reflexão filosófica; (LUMIA, 2003, p. 4).

De outro lado, se rompido for o paradigma consubstanciado na letra da lei como significado único do direito e, se refeito o conceito de regras e normas, a argumentação jurídica se fará substantiva, distante de oportunidades que dedicam terreno à argumentação meramente instrumentária, por vezes herdeira de uma dialética nociva, *ad exemplum* do que construíra ao falar de dialética erística, Arthur Schopenhauer (1997, p. 124). Não se trata aqui de rechaçar a ordem jurídica ou de retirar da lei seu aspecto valorativo, reconhecidos que são os valores integrantes do direito posto, como bem adverte Neil MacCormick (2006, p. 304-305) ao afirmar que a própria lei não é isenta de valores e que ser positivista não significa negar todos eles:

> Ninguém em pleno uso das faculdades mentais – e há pelo menos alguns positivistas em pleno uso das faculdades mentais – jamais sugeriu ou sugeriria que a própria lei seja isenta de valores. Se os seres humanos não valorizassem a ordem na vida social, não teriam leis de nenhuma espécie. E cada sistema jurídico encarna não apenas uma forma de ordem social, mas aquela forma de ordem que é especificamente valorizada por quem detém o controle dos processos legislativo, executivo ou judiciário – ou, no mínimo, ela é uma colcha de retalhos dos valores rivais preferidos pelos vários grupos que participam desses processos. O sentido de ser positivista não é o de negar verdades óbvias dessa natureza. O sentido consiste, sim, na afirmação de que não se precisa sob nenhum aspecto compartilhar ou endossar esses valores no todo ou em parte para saber que a lei existem ou qual lei existe (MACCORMICK, 2006, p. 304-305).

Comprova a assertiva acima, o fato de que valores de liberdade devem alicerçar até mesmo a conduta do legislador quando da confecção dos atos normativos, "*no obstante la inercia dogmática com la que se suele apreciar la voluntad de dicho poder"* (VIGO, 2015, p. 92). Razão corrobora tal raciocínio, vez que se ao Poder Judiciário é dado observar as razões que justifiquem sua conduta. Da mesma forma há de se exigir, do Poder Legislativo, valoração ainda que diante de argumentação não jurídica, porém, pertencente à fase pré-legislativa, como bem ressalta, novamente, Rodolfo Luis Vigo (2015, p. 92):

> Ya recordamos que com acerto señalaba Kant que la autoridade encierra uma paradoja moral em tanto ella intenta disponer de nuestra libertad, pero el modo de resolverla es invocando razones que puedan justificar aquella conducta que se prescribe. Y si bien fue em el campo judicial donde se arraigó y trabajó esa exigencia , la doctrina há reclamado que ella se expanda a toda autoridade, incluyendo al mismo Poder Legislativo, no obstante la inercia dogmática com la que se suele apreciar la voluntad de dicho poder. Los cuidadanos nos merecemos que aquel que dispone de nuestra libertad, llegándonos a imponer gravosos deberes, procure convencernos a través de um diálogo racional donde se esgriman igualitariamente argumentos y contraargumentos (VIGO, 2015, p. 32).

O presente trabalho adotará o conceito de regra como o direito posto, positivado, ao sinônimo de letra da lei escrita. Já no que concerne à definição de norma, será assim entendida daqui em diante, como o produto da reflexão do intérprete, a extração do sentido daquela regra e o dever ser, abstrato a expressar um comando obtido da atuação da hermenêutica, como a ciência que estuda o processo interpretativo e de integração do direito. Dessa forma e somente assim, poder-se-á considerar a interpretação, as decisões dos tribunais e a argumentação como mecanismos aptos a criar o direito, por criadores que são de normas (de aplicação no caso concreto) como expressão do dever ser. Isto, por saber que *"toda norma implícita es construída por los intérpretes mediante um razonamiento en el que una o más normas expressas constituyen las premisas y la norma implícita, la conclusión",* como muito bem ilustra Riccardo Guastini (2010, p. 36), em que pese a utilização, pelo autor, da terminologia norma para expressar o texto escrito ao denomina-lo de "normas explícitas" e a norma propriamente, como reflexo da extração de sentido daquele, ao denominá-la normas "no expresa":

> Em la mayor parte de los casos, lo que hemos llamado interpretación creativa consiste em construir – a partir de normas explícitas, expressamente formuladas por las autoridades normativas – norma "no expresas" ("implícitas", em um sentido muy amplio, no lógico, de este término): normas, em suma, que ninguna autoridade normativa há formulado. Ahora bien, toda norma implícita es construída por los intérpretes mediante um razonamento em el que uma o más normas expresas constituyen las premisas y la norma implícita, la conslusión. Es necessário, sin embargos distinguir (GUASTINI, 2010, p. 36).

Fato é que a busca por uma verdade que convença é constante, tanto pelo Poder Legislativo, que edita dogmas, ditos verdades indiscutíveis sobre as quais se persegue a adesão de todos, quanto pelo Poder Judiciário, que tenta fazer de seu veredito a expressão do justo, do adequado e do dizer-verdadeiro. Por outro lado, também é certo que o trabalho de convencimento por estes não é tarefa fácil, a se considerar que é dado ao ser humano não precisar crer nos poderes do Estado, sem o mínimo de questionamento – ainda mais quando se fala em Estado Democrático de Direito. Assim os dizeres de Jacques Bouveresse (2016, p. 29), para quem "não temos um dever de crença para com o poder, mas temos um para com a verdade, e o poder tem, consequentemente, todo o interesse em tentar convencer as pessoas sobre as quais ele exerce sua dominação de que ele o faz em nome de verdades de certo tipo".

Os prejuízos de se privar o aplicador do direito, da interpretação e da fixação de sentido às regras e aos textos, da possibilidade de argumentação - não somente no que se afasta do campo da evidência, mas também naquilo que, a princípio, parecia verossímil - são

avassaladores no mundo da efetivação de direitos. Um simples texto aparentemente claro e de sentido patente pode guardar significados cuja descoberta altera toda estrutura de entendimento e efetividade. Não necessariamente o que se encontra positivado, o que se encontra no chamado direito posto e, por aparência considerado justo ou como a conformação normativa dos anseios sociais, assim o seja. Nesse sentido, bem esclarece Paul Ricoeur (2008, p.11) ao definir que *"lo justo está operante en cada una de las estaciones de la investigación ética y moral"*, não somente na esfera de conformação normativa.

2 O *Corpus iuris civilis* e o exaurimento da prática argumentativa

O apego do sistema jurídico brasileiro pela lei, hoje difundido não somente nos bancos acadêmicos, como também na cultura nacional, esvazia a natureza humanista que se deve empregar ao direito, notadamente no nascedouro de sua construção, a saber e, como dito, a academia. Mas há razões históricas que – não justificam, mas – explicam a práxis da construção da ciência jurídica, tanto sob o aspecto normativo, com sociológico ou axiológico, por assim dizer. Nessa linha, o magistério de Tércio Sampaio Ferraz Junior (2003, p. 63) a elucidar que "a teoria jurídica tornou-se, então, uma disciplina universitária, na qual o ensino era dominado por livros que gozavam de autoridade. Estes eram além do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, o *Decretum* de Graciano, de 1140, além das fontes eclesiásticas que formavam os cânones". É exatamente o que desenha em sua obra, John Gilissen (2013, p. 203) ao afirmar que "o sistema jurídico, que assim elaboravam, era todavia um direito teórico, um direito erudito":

> O elemento comum aos direitos romanistas é a influência exercida sobre o seu desenvolvimento pela ciência do direito que foi elaborada nas universidades a partir do século XII. Aí, o ensino do direito é quase exclusivamente baseado no estudo do direito romano, mais especialmente da codificação da época de Justiniano, que então foi batizado de *Corpus iuris civilis.* Pela análise racional dos textos reproduzidos nesta compilação, os professores elaboraram uma ciência do direito (GILISSEN, 2013, p. 203).

Por outra via e, em que pese constante referência à codificação da época de Justiniano, de se notar o reconhecimento pelo próprio Imperador no primeiro livro dos Pandectas (2010, p. 22), de um direito não escrito, não conformado normativamente, ao explicar que naquela época, o *Ius Civile* não era de todo afastado do direito natural e que quando se acrescentava ou se subtraía algo do direito comum, tornava-o "um direito próprio, isto é, um direito civil":

> Este nosso direito portanto se estabelece ou por escrito ou não, como entre os gregos se diz: das normas, umas são escritas outras não escritas. Ius civile é o que advém das leis, plebiscitos, senátus-consultos, decretos dos príncipes e da autoridade dos prudentes [...]. Todos os povos que são regidos por leis ou por costumes se utilizam em parte do seu próprio direito, em parte do direito comum a todos os homens. Pois o direito que cada povo construiu por si mesmo a si constituiu este é próprio desta mesma civitas e se chama ius civile, como que um direito próprio desta mesma civitas. Mas aquele que a razão natural constituiu entre todos os homens, é entre todos igualmente protegido e se chama direito das gentes, como o que o direito do qual as gentes se utilizam (JUSTINIANO I, 2010, p. 22-23).

Fato é que o estudante do direito se vê influenciado pelo positivismo, notadamente pelo positivismo no ensino jurídico, como herança perniciosa da época em que, equivocadamente, se atribuía à ciência do direito, a definição do estudo das regras jurídicas, tão somente. Equivocada a visão pois, como mostram as referências acima colacionadas, até mesmo na época dos Digestos de Justiniano, já se reconhecia o chamado direito das gentes, com força e densidade normativa equiparada ao que se denominava de *ius civile*. Interpretar o *ius civile* não era tarefa à qual se dedicava considerável esforço, da mesma forma que se pretendeu até o início do constitucionalismo contemporâneo – em consagração à estrita legalidade. Estrita legalidade que somente fez razão de existência quando se dedicou a vencer os desmandos de um Estado de Polícia, totalitário e autoritário, impondo-lhe limites e concedendo direitos ao administrado. De se lembrar, por evolução histórica, da chamada crise da legalidade, já em período condizente com a instalação do Estado de Direito, sob a égide, então, da lei. Esta passou a instrumento não mais de imposição de freios aos desmandos dos governantes, mas, por outra via, como empecilho da concessão de direitos aos indivíduos. O magistrado era a boca da lei, não a interpretava, não havia caminhos sólidos à argumentação, nem tão pouco à fundamentação razoável à concessão, ou não, de uma tutela.

Não obstante a superação da crise (da legalidade), reconhecendo-se a legitimidade e o chamado bloco de legalidade onde se insere atos normativos outros como os princípios, atualmente não mais como simples objetos de contemplação, mas também como mandados de otimização e como fontes da extração de normas do dever ser, ainda se vislumbra tentativas retrocessivas de imprimir à letra da lei, a única fonte do direito. Perde campo a argumentação e a possibilidade de construção de novos direitos. Necessário, portanto o vencimento de paradigmas que emperram a aplicação do ordenamento jurídico interpretado e, para tanto, a argumentação se oferece com mecanismo apto. A práxis do direito consiste, basicamente, na atividade argumentativa. A teoria da argumentação (e suas diversas variantes) analisa os

argumentos produzidos nos contextos jurídicos, seja no momento da produção (criação) das regras jurídicas, da sua aplicação ou no âmbito da dogmática jurídica. Assim leciona Manuel Atienza (2014, p. 3):

> Pode-se dizer que a teoria da argumentação jurídica dominante se centra nas questões - os casos difíceis - relativas à interpretação do Direito e que são propostas nos órgãos superiores da administração da Justiça. Mas a maior parte dos problemas que os tribunais como órgãos não jurisdicionais do Governo têm de conhecer e sobre os quais decidem é constituída de problemas concernentes aos fatos, e assim os argumentos que ocorrem, suscitados por eles, recaem fora do campo de estudo das teorias usuais da argumentação jurídica (ATIENZA, 2014, p. 3)

Uma adequada teoria da argumentação jurídica deveria, segundo o autor, "cumprir, basicamente, três funções: a primeira é de caráter teórico ou cognoscitivo, a segunda tem uma natureza prática ou técnica e a terceira poderia ser qualificada como política ou moral" (ATIENZA, 2014, p.269). Compreendido o direito como um conjunto de regras jurídicas (teoria estrutural do direito) e, também, como um conjunto de procedimentos e valores, resta claro que estes não podem ser construídos de forma isolada das técnicas argumentativas que se realizam em outros campos do conhecimento como na Filosofia, Linguística e outros. Além disso, resta claro que a primordial função prática de uma argumentação jurídica é ser capaz de ofertar uma orientação adequada às etapas de produção, interpretação e aplicação do direito. Novamente o autor adverte acerca da necessidade do emprego dos argumentos em sede de fundamentação, agora, das decisões judiciais, em uma perspectiva mais crítica e realista do direito:

> Quem tem de resolver um determinado problema jurídico, inclusive na posição de juiz, não parte necessariamente da ideia de que o sistema jurídico oferece uma solução correta – política e moralmente correta – desse problema. Pode muito bem ocorrer o caso de que o jurista – o juiz – tenha de resolver uma questão e argumentar a favor de uma decisão que é a que ele julga correta, embora, ao mesmo tempo, tenha plena consciência de que essa não é a solução a que o Direito positivo leva (ATIENZA, 2014, p. 272).

Desse modo, superados os momentos históricos de conformação do direito no cenário nacional e global de desenvolvimento, não há como vislumbrar a efetivação de direitos sem a adequação das regras construídas em tempos outros, à realidade atual em que se configuram s fatos. Não é razoável a subsunção sem o processo interpretativo e argumentativo, de um fato deflagrado nos dias de hoje a regras conformadas, *ad exemplum*, na década de 1960.

O direito posto não se faz em completude. A adoção de decisões criadas a partir de instrumentos de argumentação não fere, nem esgota, o direito. A rejeição da lógica formal

como instrumento para analisar os raciocínios jurídicos, por seu turno, abre caminho à Teoria Tópica (VIEHWEG, 1964), constituída como parte da retórica, de grande importância desde a Antiguidade até o racionalismo pós Idade Média. A tópica é - do ponto de vista de seu objeto -, uma técnica do pensamento problemático. Já do ponto de vista do instrumento com que opera, torna-se muito forte a ideia de topos ou lugar comum. Por seu turno, sob o enfoque do tipo de atividade, a tópica apresenta-se como um modo de pensar no qual a ênfase recai sobre a extração de premissas com presunção de plausibilidade, e não nas conclusões delas extraídas. Não estão, no entanto, os tópicos "hierarquizados entre si, de maneira que, para a resolução de uma mesma questão, seria necessário utilizar tópicos diferentes, que levariam também a resultados diferentes" (ATIENZA, p. 43). Nesse aspecto e, aos seguidores, a jurisprudência seria uma técnica que atua topicamente dentro do sistema jurídico, sem adentrar aos ideais do pensar investigativo. Pese a importância do pensar tópico, críticas, mormente pela imprecisão - e até mesmo pelo equívoco - de suas noções mais elementares, pairam sobre a Teoria Tópica da argumentação.

Até mesmo a ideia apresentada do que vem a ser uma “problema” a ser interpretado, se faz excessivamente vaga. Ademais, vai ao extremo a contraposição entre o chamado pensamento tópico e o pensamento sistemático (ou lógico-dedutivo). A doutrina mais atual considera que o declínio da tópica está intimamente associado ao esquecimento da lógica. Fato é que a extração de premissas com presunção de plausibilidade (tópica, portanto), limita-se a apresentar um inventário de pontos de partida que poderiam ser utilizados na atividade argumentativa, sem fornecer, entretanto, qualquer critério hierárquico para sua utilização, ou ao menos uma solução para a questão da racionalidade da decisão de cunho jurídico. Destarte, a par de sua compatibilidade com algumas teorias da argumentação, não pode ser considerada perfeita ou, sequer, suficiente. As imprecisões e equívocos muitas vezes apontados pela doutrina especializada, denotam a insuficiência da tópica para servir como instrumento válido da argumentação jurídica. De todo válido, no entanto, o magistério de Manuel Atienza (2014, p. 53) a ensinar que a tópica, não obstante as ponderações de cunho crítico, possui, em sua natureza primordial, premissa de desenvolvimento concentrada na possibilidade e na necessidades do raciocínio em campo apto onde não há “fundamentações conclusivas, e a necessidade de explorar, no raciocínio jurídico, os aspectos que permanecem ocultos se examinados de uma perspectiva exclusivamente lógica”.

O polonês Chaim Perelman (1912), um dos pensadores que mais contribuíram para recuperação da retórica antiga e seu ressurgimento em meados do século XX, trouxe em seus estudos a possibilidade da formulação de uma noção de Justiça de caráter eminentemente

formal, tendo como instrumento de alcance a Nova Retórica. Esta, como teoria da argumentação nos raciocínios dialéticos ou retóricos, não contém em sua essência a fixação de verdades ou provas absolutas e irrefutáveis. Identificou, assim, a razoabilidade e a plausibilidade de um determinado argumento. Um ponto de equilíbrio entre a razão exacerbada e a falta de razão. É dizer, por sua teoria, a busca a ressurreição da razão prática, inferindo posicionamentos racionais em debates atinentes não apenas ao direito, mas à moral e a outros campos do conhecimento. Assim os dizeres, novamente de Manuel Atienza (2014, p. 59), para quem "Perelman considera a argumentação como um processo em que todos os seus elementos interagem constantemente, e nisso ela se distingue também da concepção dedutiva e unitária do raciocínio de Descartes e da tradição racionalista". É o que se extrai do Tratado de Argumentação Jurídica, fruto da coautoria de Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca (2005, p. 1), quando solidificam a ideia de que não possui força a argumentação contra a evidência:

> A própria natureza da deliberação e da argumentação se opõe à necessidade e à evidência, pois não se delibera quando a solução é necessária e não se argumenta contra a evidência. O campo da argumentação é o do verossímil, do plausível, do provável, na medida em que este último escapa às certezas do cálculo (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p.1).

A par de tudo isso e das grandes contribuições por ele trazidas ao debate da teoria da argumentação é certo que sua retórica não ficou imune às críticas. Questões como a falta de clareza conceitual, a ideia do auditório universal e da força dos argumentos não foram poupadas de pesados e críticos questionamentos. Quanto a seus conceitos acerca da retórica, quase sempre obscuros, a crítica formulada deu-se no sentido de que – pese muitas vezes mostrarem-se inevitáveis – poderiam ter, ao menos, fornecido um substrato de segurança, até mesmo para que o seu uso não se transmudasse em verdadeiro abuso. No que concerne ao chamado auditório universal, defendido por seu autor como o campo de testes definitivo para se saber se um argumento tem, ou não, força, também é criticado por apresentar ambiguidades que dificultam e enfraquecem sua validade. Ainda que se aceite, como o fazem alguns pensadores, o caráter ideal de auditório universal - como sendo a humanidade, histórica e culturalmente determinada - é certo que podem ser extraídos ao menos dois sentidos diversos acerca dessa ideia. Uma construção feita pelo orador e que variaria, obviamente, de pessoa para pessoa, de cultura para cultura, ou uma decisão que seria válida e adequada para todos os homens.

Por outro lado, no aspecto prático da aplicação de sua teoria, a Nova Retórica recebe variadas críticas ante seu conservadorismo ideológico. Parte-se de uma filosofia do pluralismo e que reconhece, necessariamente, a existência de instituições que tenham o maior respeito possível entre os indivíduos. Além disso, denota-se claramente que o conceito acerca do que efetivamente significa uma decisão razoável varia no tempo, no espaço e no meio social, de tal forma que podem coexistir num mesmo momento histórico mais de uma decisão efetivamente razoável.

3 A superação da manipulação semântica

Ter ou não razão pode significar estar, ou não, com a verdade. Mais do que vencer um debate, entabular diálogo com a verdade durante a argumentação, aplicada à interpretação de um texto legal, por vezes exige a superação de obstáculos das mais variadas naturezas. Não tem vida fácil o intérprete diante do rol legislativo em plena linha de produção no *civil law* brasileiro. Rol este onde se constrói – ou se busca construir – solução para todos os acontecimentos, consubstanciando, muitas vezes, o que se convencionou chamar de legislação simbólica. Simbólica por sua ineficácia social, por produzida em meio ao imediatismo como resposta impensada do Poder legislativo ou como álibi de uma pronta atuação, diante do clamor midiático e social. Termos vagos, imprecisos e lançados a esmo no texto legal, tornam cada vez mais difícil o trabalho da hermenêutica jurídica, no estudo das técnicas e mecanismos de interpretação ou integração das regras. Por consequência disso, há evidente ruptura do cidadão com o que se convencionou chamar de sentimento constitucional. Ruptura esta ocasionada pela rotina de alterações textuais nas Constituições e pelo enfraquecimento da construção de uma legislação infraconstitucional apta a regular as diversas demandas sociais, como esclarece Raul Machado Horta (2010, p. 71-72):

> O acatamento à Constituição, para assegurar sua permanência, não se resolve exclusivamente no mundo das normas jurídicas, que modela e conduz à supremacia da Constituição. O acatamento à Constituição ultrapassa a imperatividade jurídica de seu comando supremo. Decorre, também, da adesão à Constituição, que se espraia na alma coletiva da Nação, gerando formas difusas de obediência constitucional (...). A reforma constitucional exprime o rompimento do compromisso que mantém o equilíbrio entre os grupos sociais, a Sociedade e o Estado. O segredo da estabilidade da Constituição Norte-Americana, das Constituições monárquicas da Suécia, Noruega, Dinamarca, Bélgica, Luxemburgo e Holanda decorre da raridade de emendas constitucionais. As modificações infrequentes preservam a validez da Constituição e reforçam o seu prestígio na alma do povo (HORTA, 2010, P. 71-72).

Não são poucas as vezes que tal imprecisão abre as portas para a deturpação de significados ao conveniente e oportunista emprego dos atos normativos, em situações concretas sem a mínima ou ao menos razoável ligação com o texto legal. Por outras, técnicas ardilosas de obtenção de significado são empregadas, arrazoadas nesse cenário do que a sociedade entendeu por bem apelidar de "lei para tudo e para todos os casos". Como se o caminho traçado rumo à adequação de um diploma legal - editado há trinta ou quarenta anos -, aos ditames sociais e atuais de evolução, fosse um debate a ser vencido com ou sem razão, atua o aplicador do direito. Não é incomum, também, a necessidade de interpretação de textos outros que não normativos, mas frutos da própria argumentação calcada sobre o texto legal. Análises descontextualizadas fazem parte hoje da realidade argumentativa global. Textos destacados, interpretações ideológicas e a ausência de sopesamento das experiências e crenças pessoais são características transportadas para a obtenção de entendimento e para a extração de sentido de textos legais ou não.

O que está em jogo, por assim dizer, não é a vitória em um debate judicial, como meio de concretização de um direito a todo e qualquer custo, em detrimento da verdade ou do que mais se aproxima dela. O que deve ser perseguido entre articulados judiciais, interpretação de argumentos e entre a aplicação de uma determinada regra a um caso concreto é, antes de tudo, a concatenação ética, coerente e mais próxima do senso de justiça que se possa alcançar. O crescente número de demandas, a própria deturpação do significado do quem vem a ser celeridade processual ou duração razoável do processo, contribuem significativamente para uma realidade perversa no que se refere à efetivação de direitos. O indivíduo que vê sua pretensão judicializada, nos dias de hoje, muitas vezes não vê a análise do caso concreto, de forma individualizada, com a averiguação de pormenores e detalhes capazes de separar sua pretensão, das milhares de outras divergências submetidas ao Estado para solução. A interpretação e o significado de termos, frases e casos algumas vezes é a mesma aplicada para centenas e milhares de outras pretensões deduzidas, cujo significado fora mal extraído do texto normativo ou da própria obtenção de sentido do texto que ensejara fundamentação às decisões judiciais.

Como se o caminho fosse a discussão infundada, mais especificamente o ato de discutir de maneira a vencer, mediante meios lícitos ou ilícitos. É assim que se apresenta a chamada dialética erística de Arthur Schopenhauer (1997, p. 95). Em sua obra o autor estabelece o que pode-se chamar de arte de discutir e vencer havendo, ou não, razão para tanto, havendo, ou não, verdade na forma de argumentar. Para isso, delineou trinta e oito estratagemas, assim entendidas como técnicas ardilosas para se vencer um discurso.

Estratégias integrantes de uma espécie de manual daquilo que não se deve fazer, quando pretendemos dialogar com a ética e com os parâmetros de conduta social em busca da verdade ou da justiça. Não são poucas as vezes que o texto legal oferece oportunidades para a descoberta de sentidos a determinadas construções terminológicas. Não são poucas as vezes, também, que o intérprete se vale de mecanismos de atribuição de significados outros, apartados da vontade do legislador ou do real sentido dos textos normativos ou dos textos argumentativos de fundamentação de decisões ou para a obtenção destas.

Conhecer as técnicas da dialética erística desenvolvidas pelo autor, não se assemelha ao aprendizado da cartilha do mal agir, mas sim consiste no hábito de identificar quando estão sendo utilizadas em detrimento da verdade e da vontade do legislador. Identificá-las, a fim de rechaçá-las de plano e adotar medidas de superação e restabelecimento do estado anterior do bom processo argumentativo, além de restaurar as teorias adequadas da argumentação. Estratagema, em seu significado inicial, comporta a ideia de estratégia, de ardil utilizado em guerras para vencer o adversário ou um esquema para alcançar o objetivo, não importando, para isso, os caminhos a serem seguidos, mas o resultado. Daí a se concluir que o termo não poderia ser empregado de forma diversa, ainda que utilizada como técnica de argumentação. O problema reside no fato de que muito se tem utilizado das trinta e oito estratagemas da dialética erística, sem que se vislumbre conhecimento da prática, indiretamente e por todas as personagens envolvidas no processo em estudo pela hermenêutica. A tarefa que aqui se propõe é justamente identificá-las nos discursos e nos argumentos empregados para a obtenção de sentidos, tanto dos textos normativos, como dos textos que fundamentam sua aplicação. Uma vez identificadas, tais técnicas poderão ser afastadas do contexto de discussão:

> Quando o discurso é sobre o conceito geral que não tem um nome próprio e que deve ser designado figurativamente por uma metáfora é preciso escolher a metáfora que mais favoreça a nossa tese. Assim, por exemplo, na Espanha os nomes que são designados os dois partidos políticos, *serviles* e *liberales*, foram, certamente, escolhidos por estes últimos. O nome *protestantes* foi escolhido por eles mesmos, assim como o de *evangélicos.* O nome *ehereges*, em contrapartida, foi escolhido pelos católicos. Este princípio vale também para nomes de coisas, mesmo quando se aplique a elas mais literalmente. Se, por exemplo, o adversário propôs uma *transformação*, a chamaremos de "subversão", porque está é a última palavra hostil, e, entretanto, atuaremos de modo inverso se formos nós que fizermos a proposta (SCHOPENHAUER, 1997, p. 144).

Inaceitável que a prática dessa espécie de técnica seja difundida e utilizada para o tratamento da vida e da dignidade do ser humano, quando aplicada à extração de sentidos de atos normativos ou dos próprios argumentos de fundamentação. Não há adversários no campo

da busca pela efetivação de direitos fundamentais. Não se trata de ganhar um debate ou vencer um discurso, ou até mesmo de convencer ao tom da vaidade, que o melhor caminho – em detrimento da vida humana, por exemplo – é determinada tese, custe o que custar. A solução que se propõe é a retribuição por meio de instrumento a ser editado pelo Poder Legislativo e destinado única e exclusivamente ao tratamento da prática da manipulação semântica uma vez identificada. Já existe no ordenamento jurídico brasileiro o tratamento para situações onde o litigante é punido por má-fé. Entretanto, a técnica da manipulação semântica como descrita por Arthur Schopenhauer (1997, p. 142) vai além de deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, alterar a verdade dos fatos, usar do processo para conseguir objetivo ilegal, opor resistência injustificada ao andamento do processo, proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, provocar incidente manifestamente infundado, ou interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

O problema da manipulação semântica ganha vulto quando utilizada na argumentação dirigida não somente ao aplicador do direito, no caso em tela o magistrado, mas há de se considerar que a argumentação que interessa ao direito não se faz somente na judicialização das pretensões. Pode ser ela mecanismo de construção nas fases pré-legislativa e legislativa, da mesma forma. O compromisso para com a verdade e com a justiça se faz necessário no momento da interpretação, da aplicação e antes destes, na construção do ordenamento jurídico. A proposta aqui traçada, ainda, consiste em não considerar a manipulação semântica – no que concerne à dialética erística proposta por Schopenhauer - um mecanismo de utilização permitida. Ao contrário, há de se empreender esforços a fim de humanizar a efetivação de direitos, tendo como ponto de chegada a consagração dos direitos fundamentais ao cidadão.

Dirá o intérprete acerca de sua atuação na aplicação do direito, como narra Kerl-Heinz Reuband (2006, p. 315), que "há um trabalho que tem que ser feito, quase todos os dias há decisões difíceis e sensatas a serem tomadas; minha experiência é inestimável; essa tarefa exige uma pessoa conscienciosa"? Assim o disse, na verdade, conforme descrito originalmente no contexto da obra "Soldados: sobre lutar, matar e morrer", um capitão do corpo de fuzileiros durante a Segunda Guerra Mundial, em carta a sua mãe, ao descrever a tarefa de exterminar crianças e adultos inocentes (REUBAND, 2006, p. 315 *apud* NEITZEL, 2014, p. 401). Muitas vezes a confusão e a manipulação trazem a tarefas nada nobres, a aparência da nobreza de um ato.

4 Os direitos fundamentais em seus aspectos formal e substancial e o papel da interpretação em sua definição

Como se viu, se a academia não formar profissionais aptos à clara interpretação dos enunciados normativos, de nada valerá o esforço da doutrina e da construção de políticas públicas, para a efetivação de direitos. Um enunciado normativo sem a interpretação conforme, é apenas um enunciado normativo, mais nada. O rol do art. 5º da Constituição Federal brasileira de 1988, ao Estado "boca da lei", é taxativo e referido rol não ganhará, sequer, a extensão necessária à efetividade de todos os anseios sociais. Não haverá, com isso, garantias aos direitos fundamentais.

Mais do que isso, não haverá uma explicação, ou definição, ideal do que vem a ser os próprios direitos fundamentais. Se o ensino jurídico atrelar-se à primeira das três dimensões do direito, a saber, sua normatividade – o direito enquanto regra, tão somente – teremos profissionais repetidores de antigos ensinamentos e leitores de velhos Códigos, como se vê nos dias de hoje, nos bancos acadêmicos, em muitos lugares. Para tanto, necessária breve explanação acerca do que são os direitos fundamentais e da possibilidade de localização de tais direitos, no corpo da carta constitucional, por meio da interpretação, da constatação, em seu conteúdo, da proteção à dignidade humana, ainda que não pertencente ao rol do art. 5º, como citado.

Como ensina Fábio Konder Comparato (2015, p. 24), o ser humano cuidou tarde de buscar a proteção a proteção a direitos essenciais a sua sobrevivência e à salvaguarda da dignidade humana. Tal vez por essa razão a busca contínua – e muitas vezes frustrada – pela efetividade aos direitos fundamentais:

> Foi durante o período axial da História, como se acaba de assinalar, que despontou a ideia de uma igualdade essencial entre todos os homens. Mas foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional a englobar a quase totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos (COMPARATO, 2015, p. 24).

Foi a Revolução Francesa o marco do reconhecimento e da proteção a tais direitos, motivando sua conformação normativa nas cartas constitucionais ditas democráticas, como bem leciona Gustavo Zagrebelsky (2011, p. 52), encontrando a origem dessa conformação normativa, na Revolução Francesa, assevera:

> Em el espíritu de la Revolución francesa, la proclamación de los derechos servía para fundamentar uma nueva concepción del poder estatal, determinando sus condiciones de legitimidade sobre la base de uma orientación liberal. La *Declaración* no era propriamente derecho positivo, sino um "reconocimiento" de las "verdades" de uma filosofia política, presentada como el espíritu común de toda uma época, que pedia ser llevada del campo de la teoría al de la práctica. El objetivo que se perseguía era la demolición de las estructuras del *Ancien Régime* y la instauración del reino de la libertad y la igualdad jurídica em uma sociedade que aún no conocía ni la uma ni la outra y que sólo habría podido conocerlas a través de uma profunda reforma de la legislación civil, penal y administrativa (ZAGRABELSKY, 2011, p. 52).

Daí em diante, uma vez reconhecida a imprescindibilidade da defesa dos direitos fundamentais, até mesmo como mecanismo de superação e enfrentamento às violações aos direitos humanos, Luigi Ferrajoli (2011, p. 9), bem os define juridicamente e estabelece aliança entre tais ditames e a própria existência do ser humano:

> São "direitos fundamentais" todos aqueles direitos que dizem respeito universalmente a "todos" os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendo por "direito subjetivo" qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica, e por *status* a condição de um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que estão em exercício (FERRAJOLI, 2011, p. 9).

Indubitavelmente, são os seres humanos os titulares e os destinatários da proteção à dignidade, assim expressada pela positivação dos direitos humanos, ou pelas cartas constitucionais democráticas ao fazerem com os direitos fundamentais. É o que esclarece Ingo Wolfgang Sarlet (1994, p. 539):

> Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático (e social) de Direito (art. 1º, II), a CF de 1988, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do próprio Estado e do exercício do poder estatal, reconheceu categoricamente que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário (SARLET, 19978, p. 539).

E quando já definido que os direitos fundamentais se apresentam como tutelas da dignidade humana, da mesma forma que os são os direitos humanos conformados normativamente em Tratados e Convenções internacionais, a interpretação como instrumento de extração, não somente da vontade do legislador constituinte, mas do real sentido do enunciado e na própria extração de normas ao caso concreto, se faz necessária. Vidal Serrano Nunes Júnior e Luiz Alberto David Araújo (2013, p. 155), com maestria bem estabelecem tal relação, a saber, dos direitos fundamentais com a proteção à dignidade humana:

> Existe um valor genérico que permeia a noção de Direitos Fundamentais, qual seja a proteção da dignidade humana em todas as suas dimensões e essa proteção exatamente por abordar as diversas dimensões ou faces da dignidade humana, pode ser segmentada segundo os valores específicos que venham a contemplar (NUNES JÚNIOR; DAVID ARAÚJO, 2013, p. 155).

Somente aos ser humano é que a proteção à dignidade de vale – ao menos como início de um processo de conformação e reconhecimento. Ao deitar em sua obra a teoria dos três graus do ser, Pietro de Jesús Lora Alarcón (2011, p. 269), deixa evidenciado que é o ser humano o único capaz de alterar a realidade social, de entender racionalmente a proteção de tais direitos e, por consequência, o titular e destinatário da proteção à dignidade empreendida pelos direitos chamados de fundamentais:

> Nessa teoria, *a coisa, o indivíduo e a pessoa*, são considerados patamares existenciais, sendo que, a primeira é o ser sem unidade, pois se uma coisa quebra nada morre nela. O quebrar coisas nos dá coisas. Porém, ao tomar-se contato com o biológico nos deparamos com os indivíduos. E, dentre os indivíduos distinguimos os das espécies não humanas, mas que apresentam potência vital, e o indivíduo da espécie humana. Este último é algo a mais ou representa algo a mais que um indivíduo, pois é uma pessoa, uma *substância individual de natureza racional.* Assim, tão somente do indivíduo da espécie humana, transformador consciente da realidade, com plena percepção do seu tempo, é dizer, das noções de passado, presente e futuro, pode-se cobrar responsabilidade, posto que é o único que converte natureza em cultura, distinguindo dentre o bom e o ruim, o aceitável e o condenável, o razoável e o absurdo. Nesse sentido, o significado da dignidade expressa algo que eleva, que realiza, que qualifica, e que, portanto, sobrepassa os meros fatos (ALARCÓN, 2011, p. 269).

E aqui mais um alerta sobre a imprescindibilidade de uma interpretação à luz dos aspectos e anseios que ensejaram a construção da Constituição Federal de 1988, a fim de que não se confunda o enunciado normativo nu, com as normas como produtos da aplicação do processo interpretativo. As decisões judiciais, assim entendidas para a análise aqui comprometida, merecem o debruçar da compreensão à luz da boa interpretação, não realizada pelo leigo ou pelo profissional formado ao amparo única e exclusivamente da letra da lei.

O Supremo Tribunal Federal, em sede de Habeas Corpus – de relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello -, incidentalmente, enfrentou a constitucionalidade do crime de aborto previsto nos artigos 124 a 126 do Código Penal brasileiro. Em pedido voto-vista o presidente da 1ª Turma do Supremo, Ministro Luís Roberto Barroso, acompanhado pela Ministra Rosa Weber e pelo Ministro Edson Fachin e concedida a ordem pelo Ministro Luiz Fux, entendeu inconstitucional, no caso em exame, os citados dispositivos legais, revogando a prisão de dois acusados da prática de aborto, envolvendo feto com até três meses de vida intrauterina.

À luz da teoria dos três graus do ser, como bem definido acima, a decisão enquadrou o fruto dessa gestação, como coisa, indivíduo ou pessoa? Como a dignidade humana fora tratada no caso concreto? A interpretação, em uma leitura rápida de comentários outros que não a análise do voto que enfrentou a questão, leva a equivocadas interpretações. Tem-se em vista o Habeas Corpus n.º124.306[3], inadmitido por via inadequada de utilização, porém, reconhecido de ofício, com pedido de medida cautelar, impetrado junto ao Supremo Tribunal Federal, em face de acórdão da Sexta Turma do STJ onde não se reconheceu o HC 290.341/RJ. No remédio impetrado ao Supremo, os pacientes, em tese, proprietários de clínica de aborto e presos em flagrante por incorrerem supostamente nos delitos previstos nos artigos 126 e 288 do Código Penal – prática de aborto em gestante, com o consentimento desta, pleiteavam a revogação da prisão.

Para tanto, alegavam não estarem presentes os requisitos necessários para a decretação da prisão preventiva. A medida fora deferida pelo Ministro Relator, Marco Aurélio de Mello, no dia 08 de dezembro de 2014, estendendo seus efeitos (27/06/2015) aos outros corréus. Enfrentado o julgamento, o Relator exarou seu voto pela admissão do Habeas Corpus, pugnando, no mérito, pelo deferimento da ordem e confirmando a liminar anteriormente deferida. Nesse momento, pediu vista o Ministro presidente da 1ª Turma, Luís Roberto Barroso e enfrentou o descabimento de Habeas Corpus substitutivo do Recurso Ordinário Constitucional e, embora reconhecendo-o pela inadequação da via utilizada, passou a analisar a possibilidade de concessão de ofício, ante a relevância da matéria.

Pode-se considerar, por assim dizer, que o ser humano, com idade de três meses de vida intrauterina, tomando-se por fundamento a teoria dos três graus do ser, citada por Pietro de Jesus Lora Alarcón, fora considerado apenas um "indivíduo", em patamar existencial? O entendimento, pese não ser pacífico pela Corte e não ser tratado em dispositivo de decisão, pode abrir precedentes dos mais variados.

Ao definir o que efetivamente é um direito fundamental, Walter Claudius Rothenburg (2014, p. 41), discorre sobre a fundamentalidade como identificação do objeto de proteção dos direitos fundamentais e, de forma clara e lúcida, remete tal identificação à presença de valores essenciais do ser humano:

---

[3] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.306/RJ – Rio de Janeiro. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator para Acórdão: Ministro Luís Roberto Barroso. Acompanhamento Processual, Processo, 29 novembro 2016. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4637878>. Acesso em: 06 dez. 2016.

> A fundamentalidade revela-se pelo conteúdo dos direitos fundamentais (o que é dito: a referência aos valores essenciais do ser humano em sociedade e a preocupação com a promoção da dignidade), e revela-se também pela qualidade normativa ("onde" e "como", isso é dito: expressão do ordenamento jurídico como normas da mais elevada estatura: na Constituição ou em norma fundamental de direito internacional). Concorrem, portanto, ambos os critérios (material e formal) para definir a fundamentalidade de um direito. Convém acentuar a dimensão material dos direitos fundamentais, quer dizer, relacionada ao conteúdo, pois eles consagram, a partir de um amplo consenso social, valores que são definidos na Constituição (ou em norma fundamental de direito internacional) e, assim, devem ser observados na discussão política e judicial (ROTHENBURG, 2014, p. 41).

Retomando os ensinamentos de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2013, p. 153), um alerta se faz necessário. A não pacificidade sobre os pontos traçados à definição extada dos direitos fundamentais, em uma análise sobre seus aspectos heterogêneos, clama por um critério uniforme nessa linha. Por outro lado, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014, p. 41), buscam e, conseguem, bem definir os direitos fundamentais ao asseverar que "*são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado*".

Diante de tal panorama, devem ser demonstrados o real sentido e o verdadeiro alcance da consagração constitucional da proteção da dignidade da pessoa humana, contida no inciso III do artigo 1.º da Carta Política Brasileira e que apresenta, ainda que timidamente, sua evolução ao longo da história e a interpretação que lhe é emprestada por diversos ordenamentos jurídicos alienígenas vigentes.

De mais a mais, pretende-se também analisar a ligação deste princípio constitucional com os direitos e garantias fundamentais, abordando-se temas espinhosos e de grande repercussão dentro da sociedade, que, vale salientar, ainda é um tanto conservadora e temerosa diante de mudanças em seus antigos dogmas e costumes.

4.1 Dignidade humana: origem Histórica

A fim de principiarmos a abordagem do tema deste capítulo, mister se faz volver à origem histórica do princípio constitucional da proteção da dignidade da pessoa humana. Para tanto, passar-se-á à exposição dos conceitos de dignidade e de pessoa. O primeiro termo tem seu nascedouro no antigo vocábulo latino *dignitas*, significando, dentre outros, respeitabilidade, consideração, estima. Já o segundo, também de origem latina, advém da expressão *per-sonare*, referente às máscaras teatrais utilizadas para a difusão da voz dos atores, passando, depois, a servir de designação da própria personagem representada[4]. Assim, tem-se que a conceituação de dignidade e de pessoa, tais como aquelas conhecidas hodiernamente, não se fazia presente nos tempos pretéritos, sendo certo que, para a filosofia grega, o homem não passava de um animal político ou social, tendo sua vida vinculada à própria vida do Estado.

Navegando nessas águas, os conceitos *sub studio* somente começaram a galgar paragens mais férteis com o advento do Cristianismo, cujo pensamento baseado na fraternidade compeliu a humanidade a uma mudança de mentalidade e de valores, objetivando o atingimento da igualdade entre todos os homens e a abolição da escravatura – empreitada esta iniciada ainda no final do Império Romano, com a proibição de crueldades contra os escravos imposta pelo Imperador Constantino, a qual foi referendada, tempos depois, pelo triunfo dos movimentos abolicionistas do século XIX e do principiar do século XX. Naquele tempo, o conceito de pessoa sofreu uma profunda transformação e passou a designar um ente humano capaz de adquirir direitos e contrair obrigações, focado em si mesmo, e não mais na vida do Estado, evidenciando, dessa maneira, a própria dignidade da pessoa através da afirmação de direitos específicos do indivíduo diante do Estado.

Nos dias de hoje, a tendência traçada nos ordenamentos jurídicos está alicerçada no reconhecimento do ser humano como o centro e o fim do Direito. Esse posicionamento, impulsionado após as Grandes Guerras que assolaram a Europa no século passado, em especial no tocante à barbárie nazi-fascista, repousa na eleição da dignidade da pessoa humana como o valor básico, central e precípuo do Estado Democrático de Direito, haja vista que de nada adiantaria falar-se em democracia e em direito diante da ausência de instrumentos que viessem proteger e consagrar a célula *mater* da sociedade.

---

[4] ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja*, p. 109/111.

4.2 Dignidade humana: conceito

O postulado da dignidade humana, em virtude da forte carga de abstração que encerra, não tem alcançado, quanto ao campo de sua atuação objetiva, unanimidade entre os autores, muito embora se deva, de logo, ressaltar que as múltiplas opiniões são harmônicas e complementares.

Para o jurista espanhol Jesús González Pérez, *la dignidad de la persona es, pues, el rango de la persona como tal*[5], reconhecendo na dignidade pessoal a prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo e a saúde) e de fruir de um âmbito existencial próprio.

Por sua vez, interessante conceito nos apresenta o constitucionalista pátrio Alexandre de Moraes, para quem:

> ...a dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como conseqüência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A idéia de dignidade da pessoa humana encontra no novo texto constitucional total aplicabilidade em relação ao planejamento familiar, considerada a família célula da sociedade, seja derivada do casamento, seja de união estável entre homem e mulher, pois, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (CF, art. 226, §7º). O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção fundamental resume-se a três princípios do direito romano: honestere vivere (viver honestamente), alterum non laedere (não prejudique ninguém) e suum cuique tribuere (dê a cada um o que lhe é devido). Ressalte-se, por fim, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217^{A} (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10-12-1948 e assinada pelo Brasil na

[5] PÉREZ, Jesús González. *La dignidad de la persona*, p. 24.

> mesma data, reconhece a dignidade como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.[6]

Sintetizando as premissas anteriormente declinadas, Cléber Francisco Alves assevera que:

> ...a questão da proteção e da defesa da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade, no âmbito jurídico, alcança uma importância proeminente neste final de século, notadamente em virtude dos avanços tecnológicos e científicos experimentados pela humanidade, que potencializam de forma intensa riscos e danos a que podem estar sujeitos os indivíduos na sua vida cotidiana. Passa, então, a temática 'dignidade da pessoa humana' – e dos direitos que lhe são correlatos – a integrar o Direito Constitucional, elevada à condição de princípio fundamental, ou, segundo outros, de valor essencial que dá unidade ao sistema, ocupando um estágio de relevância ímpar no ordenamento jurídico.[7]

De outro vértice, convém apresentar, também, a escorreita ilação formulada por Luiz Antônio Rizzatto Nunes:

> ...está mais do que na hora de o operador do Direito passar a gerir sua atuação social pautado no princípio fundamental estampado no Texto Constitucional. Aliás, é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas[8].

Vistas tais posições, lícito proceder as suas conciliações mediante a decomposição alvitrada por Moraes. É que este, ao desmembrar os diversos pontos de reflexo do princípio analisado, demais de encampar a opinião dos doutrinadores antes referidos, ampliou o raio de ação demarcado à dignidade da pessoa humana.

Disso resulta que a interferência constitucional do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana acaba irradiando dentro da ordem jurídica brasileira efeitos nos seguintes pontos: a) reverência à igualdade entre os homens (artigo 5.º, I, CF); b) impedimento à consideração do ser humano como objeto; c) garantia de um patamar existencial mínimo; d) impossibilidade da orientação sexual do indivíduo ser visto como critério de discriminação.

4.3 Visão Kantiana

Em razão da magnitude do tema em exposição, o cultor do Direito jamais poderá deixar de beber as cristalinas águas emanadas da eterna fonte de saber insculpida nos

---

[6] MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*, p. 60/61.
[7] ALVES, Cleber Francisco. Op. cit., p. 118.
[8] NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, p. 50/51.

posicionamentos perpetrados por um dos maiores pensadores da história da humanidade, qual seja, Immanuel Kant, para quem o sujeito torna-se o componente fundamental na elaboração do conhecimento. O renomado mestre deixou consignado que seria necessária uma mudança na metodologia do ato de conhecer, autodenominada de "revolução copernicana", *id est*, em vez de o sujeito cognoscente gravitar ao derredor dos objetos – são estes que giram em torno daquele. Por outras palavras, o conhecimento não deve mais seguir os objetos, mas estes sim é que devem acompanhá-lo.

Ouça-se, no ponto, a voz altissonante do autor de *Crítica da Razão Pura*: *denomino transcendental todo conhecimento que em geral se ocupa não tanto com objetos, mas com nosso modo de conhecimento de objetos na medida em que este deve ser possível a priori*[9], tratando da substituição de uma hipótese idealista por uma hipótese realista.

Todavia, o mencionado "sujeito kantiano", ou seja, o sujeito transcendental, é "uma estrutura vazia", que, apartada da sensibilidade, nada pode conhecer. O pensamento humano é, pois, dependente da sensibilidade, podendo se dizer que a teoria é, para Kant, a dimensão da autoalienação da razão.

Somente por intermédio da práxis a razão se emancipará da autoalienação na teoria, porquanto, no domínio da prática, a razão está a serviço de si mesma, significando que não se deve procurar as normas do agir humano na experiência. Isso importaria em submeter o homem a outro homem, e o que caracteriza o ser humano e o faz dotado de dignidade especial, é que ele nunca pode ser meio para os outros, mas fim em si mesmo.

Para Immanuel Kant, a razão prática possui prioridade sobre a teórica. A moralidade significa a libertação do homem e sua constituição como ser livre. O ser humano, então, pela práxis, pertence ao reino dos fins, o que o faz um ser de dignidade própria e torna relativa a significação de tudo o mais. Por outras palavras, o homem tem valor absoluto, não podendo ser usado como instrumento para algo. Justamente por isso, tem dignidade, é pessoa.

4.4 Evolução do Significado no Mundo Contemporâneo

Parece ser incontroversa a assertiva de que o Direito, enquanto meio regulamentador do comportamento humano, deve sempre, sob pena da completa e irrestrita perda de sua eficácia, acompanhar a evolução do meio social em que inserido, possuindo, assim, um caráter manifestamente dinâmico, pois, dinâmica, frise-se, é a modificação dos conceitos,

[9] KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*, p. 35.

dogmas, condutas, posturas e anseios adotados pelos mais diversos tipos de sociedades existentes.

Como já salientado anteriormente, a pessoa humana foi elevada a elemento indispensável e inseparável da concepção e da fomentação de um verdadeiro Estado Constitucional Democrático, na medida em que se percebeu que de nada adiantaria a consagração pelo ente estatal de direitos e garantias, de isonomia, de liberdade etc. se ele não conseguisse prover a existência digna do indivíduo que o forma. Tanto isso é verdade que a quase totalidade dos textos basilares proclamados pelos demais países observa, de maneira positiva, a necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana, não se olvidando, ainda, que o ordenamento jurídico pátrio elevou a questão a princípio fundamental da República, alçapremando-a à condição de *primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais*[10].

Em assim sendo, tudo o que mais existe no âmbito de direitos e garantias fundamentais se entremostra como real e secundário desdobramento da efetivação, no mundo concreto, do princípio fundamental da dignidade humana, valendo salientar, por oportuno, que:

> ...toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada, sob pena de inconstitucional e de violar a dignidade da pessoa humana, tendo em vista se cada pessoa é tomada como fim em si mesmo ou como instrumento, como meio para outros objetivos. Ela é, assim, paradigma avaliativo de cada ação do Poder Público e um dos elementos imprescindíveis de atuação do Estado brasileiro[11].

Atualmente, todos aqueles que se debruçam sobre o Direito não podem mais nortear seus pensamentos e caminhos sem antes analisar se a proposição em questão está de acordo com o postulado da dignidade da pessoa humana, o qual, frise-se, transformou-se na pedra de toque de todo o sistema jurídico-constitucional brasileiro, não podendo ser desrespeitado por quem quer que seja, mormente pelo Poder Público, que tem a obrigação precípua de zelar e fazer cumprir os ditames da Constituição Federal em vigência.

Conclusão

Quando os bancos acadêmicos não proporcionam ao futuro profissional meios e mecanismos que o diferenciarão dos leitores da codificação e repetidores de velha lição,

---

[10] NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Op. cit., p. 45.
[11] SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, p. 92.

direitos fundamentais não são efetivados, vez que o direito não será aplicado ao tom da justa e correta extração de normas, dos enunciados normativos.

Não é tarefa fácil, porém obrigatória, a adequação dos enunciados conformados normativamente, aos avanços jurídicos e sociais proporcionados pelo desenvolvimento contínuo do Estado Democrático (Social) de Direito. E a máxima se dedica a todos que operam o direito, magistrado, membros do Ministério Público, defensores. A prática argumentativa é mais do que um instrumento de persuasão, de convencimento, é, ao mesmo tempo, um mecanismo de adequação dos fatos ao enunciado normativo interpretado e, com isso, à efetivação de direitos fundamentais.

Referências bibliográficas

ALARCÓN, Pietro de Jesus Lóra. Ciência política, estado e direito público. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito. Tradução de Gerscélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ALVES, Cleber Francisco. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja, p. 109/111.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teoria da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BOUVERESSE, Jacques. A verdade em questão. Le Mond Diplomatique Brasil. n. 110. Setembro 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.306/RJ – Rio de Janeiro. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator para Acórdão: Ministro Luís Roberto Barroso. Acompanhamento Processual, Processo, 29 novembro 2016. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4637878>. Acesso em: 06 dez. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 7 ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.

GUASTINI, Riccardo. Teoría e ideologia de la interpretación constitucional. Tradução de Miguel Carbonell e Pedro Salazar. Madri: Editorial Trotta, 2010.

HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

JUSTINIANO I, Imperador do Oriente. Digesto de Justiniano, liber primus: introdução ao direito romano. Tradução de Hélcio Maciel França Madeira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LUHMANN, Niklas. Direito da Sociedade. Tradução de Saulo Kriege. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUMIA, Giuseppe. Elementos de teoria e ideologia do direito. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. Tradução de Waldéia Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

REUBAND, Kerl-Heinz. Das NS-Regime zwischen Akzeptanz und Ablehnung, in: Geschichte und Gesellschaft 32, 2006, *apud* NEITZEL Sönke; WELZER, Harald. Soldados: sobre lutar, matar e morrer. Tradução Frederico Figueiredo. São Paulo: Companhia das letras, 2014.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RICOEUR, Paul. Lo justo: estúdios, lecturas y ejercicios de ética aplicada. Tradução de Tomás Domingo Moratalla e Augustín Domingo Moratalla. Madri: Editorial Trotta, 2008.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais. TAVARES, André Ramos; FRANCISCO, José Carlos (Coord). Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, J.J. Gomes (Org.) [et. al]. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, apud Albert Bleckmann, 1997.

SCHOPENHAUER, Arthur. Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratagemas: dialética erística. Tradução de Daniela Caldas e Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

VIGO, Rodolfo Luis. Interpretacíon (argumentacíon) jurídica en el estado de derecho constitucional. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015.

VOLTAIRE. O preço da justiça. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. Madri: Editorial Trotta, 2011.

CONTROLE DE COVENCIONALIDADE: OS JULGAMENTOS DO BRASIL E AS AMPLIAÇÕES COM LEIS DE GENEBRA

CONTROLLO DELLA COVENZIONALITA: LE SENTENZE E LE ESPANSIONI DI BRAZIL CON LE LEGGI DI GENEVA

AMARAL, Sérgio Tibiriçá[1]

AMARAL, Maria Fernanda de Toledo Pennacchi Tibiriçá [2]

---

[1] Graduado(1981), Mestre(2003) e Doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE (2011). Professor titular de Teoria Geral do Estado e Direito Internacional no Centro da Toledo Prudente Centro Universitário; Mestre em Direito das Relações Públicas pela Universidade de Marília (1998); especialista em interesses difusos e coletivos pela Escola Superior do Ministério Público/SP(1999) e; coordenador da graduação da mesma instituição; Professor do Mestrado e Doutorado em Sistema Constitucional de Garantias da Instituição Toledo de Ensino; membro-fundador da Asociación Mundial de Justicia Constitucional e membro vogal para o Brasil e membro não residente da Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional.

[2] Acadêmica de Direito da Toledo Prudente Centro Universitário. Membro do Grupo de Pesquisa Estado e Sociedade da mesma instituição e bolsista do Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq).

RESUMO: O acesso à Justiça para a proteção dos direitos humanos tem seu fundamento na Constituição e nos tratados da Organização dos Estados Americanos em especial no Pacto de San José da Costa Rica, que cuida da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Essa dupla proteção de acesso, no Judiciário nacional e na Comissão e na Corte, este último um órgão jurisdicional, adquiriram no Brasil especial relevo, depois dos julgamentos envolvendo os Brasil por violações dos tratados internacionais regionais, que são vistos como instrumentos importantes de efetivação da dignidade do ser humano. O controle de convencionalidade no Sistema Americano é um instrumento de acesso à Justiça Internacional e efetivação dos direitos humanos, que vem sendo ampliado, alcançando os tratados da ONU. A Corte é uma solução quando a Justiça nacional julga de forma errada, se omite ou ainda tarda em efetivar o devido processo legal de forma. O sistema tem um caráter residual dentro da Organização dos Estados Americanos (OEA), mas que ganhou importância depois de utilizado pelo Supremo Tribunal Federal na revogação do Código Civil. A Corte IDH tem ampliado ainda mais o controle e sua competência ao utilizar nos julgamentos os tratados de direito humanitário em nível da Organização das Nações Unidas.

SOMMARIO: L'accesso alla giustizia per la tutela dei diritti umani ha il suo fondamento nella Costituzione e dai trattati dell'Organizzazione degli Stati americani, in particolare, nel Patto di San José da Costa Rica, che si prende cura del Corte interamericana dei diritti umani. Questa protezione di accesso doppia dinanzi ai giudici nazionali e la Commissione e la Corte, il secondo un tribunale, acquisito in Brasile particolare attenzione dopo le prove che coinvolgono il Brasile per le violazioni dei trattati internazionali regionali, che sono visti come strumenti importanti per la realizzazione di Dignità dell'essere umano. Il controllo convenzionale nel sistema americano è uno strumento di accesso alla giustizia internazionale e all'attuazione dei diritti umani, che è stato ampliato e raggiunto i trattati delle Nazioni Unite. La Corte è una soluzione quando il giudice nazionale giudichi in modo errato, omettere o ritardare il giusto processo di diritto. Il sistema ha un carattere residuo all'interno dell'Organizzazione degli Stati Americani (OAS), ma ha acquisito importanza dopo essere stato utilizzato dalla Corte Suprema federale per la revoca del Codice Civile. La Corte interamericana ha ulteriormente esteso il suo controllo e la sua competenza utilizzando i trattati di diritto umanitario a livello delle Nazioni Unite in processi.

RESUMO:

Palavras chaves – Pacto de San José – Controle de Convencionalidade – Sistema Interamericano – Corte Interamericana – Direito Internacional Humanitário -

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo é uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial que aborda o controle de convencionalidade por meio de casos efetivados no Sistema Interamericano e no Brasil, buscando demonstrar seus novos contornos e inclusive uma ampliação com a utilização de tratados no âmbito da Organização das Nações Unidas, especificamente com base nas chamadas Leis de Genebra. Esse tipo de acesso à Justiça dentro do controle de convencionalidade protege os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana constante na Constituição e nas convenções de direitos humanos regionais da Organização dos Estados Americanos e também da ONU. Buscou-se demonstrar alguns julgamentos no âmbito do Pacto de São José da Costa Rica, em especial o caso Guerrilha do Araguaia, a fim de demonstrar o controle internacional de convencionalidade no âmbito da OEA. Foi feita uma apresentação doutrinária sobre o controle, demonstrando que pode ser feito por meio de Opinião Consultiva e também no âmbito da Comissão IDH. Posteriormente, mostrou um tipo de controle feito internamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal no âmbito da incompatibilidade da prisão civil prevista na legislação nacional com os tratados de direitos humanos da OEA.

Demonstrou-se uma novidade que fica patente no julgamento que utiliza das Leis de Genebra, da ONU, no âmbito regional. É uma ampliação na busca da proteção, que ficou demonstrado na pesquisa jurisprudencial. Explicou-se que os tratados de direitos humanos trazem direitos e garantias como estão no texto do artigo 5.o., parágrafo 2. e também são supralegais, de acordo com entendimento do Supremo Tribunal Federal. Foram usados os métodos histórico e dedutivo, também o indutivo, apreciando a doutrina e a jurisprudência. Inicialmente foram feitas considerações gerais sobre o funcionamento do Sistema, que tem a Comissão e a Corte, sendo que as petições passam pelo órgão não jurisdicional.

2 BRASIL E A CONVENÇÃO

O Brasil aceitou mitigar sua soberania absolutista calcada em Jean Bodin(Seis Livros da República) ao inicialmente participar da Carta da OEA e depois da Declaração da organização, mas em especial por ratificar a Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica por meio da Decreto 678 elaborado pelo Presidente da República. Pelo Decreto de ratificação, o Brasil reconhece às competências contenciosa e consultiva da Corte Interamericana dos Direitos Humanos, a partir de 1992.Anteriormente, depois da assinatura foi elaborado o Decreto Legislativo n. 89, que por sua vez, foi aprovado nas duas casas do Congresso com votações de maioria simples. Posteriormente, o Brasil pelo mesmo quórum de votações assinou aos demais tratados de direitos humanos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Com o passar dos anos, o sistema passou a ser mais utilizado pelo Brasil e não apenas com as petições apresentadas apenas na Comissão, mas com julgamento na Corte IDH, sendo que todas as petições precisam passar inicialmente pela Comissão, que sofreu muitas mudanças e atualmente faz um juízo de admissibilidade.

A composição: James L. Cavallaro(atual presidente): 1/1/2014 - 31/12/2017 – EUA. José de Jesús Orozco Henríquez 1/1/2010 - 31/12/2017 – México;Paulo Vannuchi -1/1/2014 - 31/12/2017 – Brasil; Margarette May Macaulay - 1/1/2016 - 31/12/2019 – Jamaica - Esmeralda Arosemena de Troitiño -1/1/2016 - 31/12/2019 – Panamá.Francisco José Eguiguren Praeli 1/1/2016 - 31/12/2019 – Peru Enrique Gil Botero- 1/1/2016 - 31/12/2019 – Colômbia.

O Sistema regional de proteção aos direitos humanos foi criado pela Carta da OEA, aprovada na Conferência de Bogotá, de 30 de março a 2 de maio de 1948[3], mas, em seguida, os países assinaram a Declaração da OEA, vindo depois a Convenção Interamericana, o Pacto de San José da Costa Rica, que trouxe o tribunal, que tem apenas 21 signatários, ou seja, atinge um número menor de Estados.

No total, o Sistema tem 35 Estados-membros, mas apenas 21 ratificaram e não denunciaram o Pacto de San José, que entrou em vigor em 1978, julgando as petições ou reclamações que começam na Comissão. Outros países, como a Venezuela, assinaram, mas acabaram por denunciar o tratado, ou seja, deixaram o Pacto.

A Corte tem graves problemas de funcionamento, como a demora dos julgamentos de até oito anos e o percentual alto de rejeição das petições..

[3] Na mesma Conferência se aprovou a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

Hector Fix-Zamudio(2008, p. 203) relata a necessidade das petições passarem pela Comissão, que faz "instrução e a investigação das violações dos direitos humanos", ressaltando a importância dessa fase política de solução de controvérsias. Para os Estados Unidos da América do Norte, Canadá e Cuba, por exemplo, as petições são apreciadas apenas na comissão, quando o Estado pode reconhecer a violação e acatar as recomendações.

Os acordos são, por vezes, uma solução importante, pois os levantamentos apontam que as apreciações nesse órgão não judicial podem levar até seis anos, mas quando há acordo, estes solucionam as questões das violações. A se lamentar que apenas dois por cento dos casos que entraram na Comissão alcançaram a Corte, que com base no artigo 62.1 dispõe: "Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do instrumento de ratificação ou adesão desta Convenção ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória de pleno direito e sim convenção especial, a competência da Corte sobre todos os assuntos relativos a interpretação ou aplicação desta Convenção".

Para Valério de Oliveira Mazzuoli (2010, p.7), "o Pacto é o grande codex dos direitos civis e políticos no Continente Americano e o tratado de diretos humanos mais utilizado – academicamente e no foro – nos países interamericanos, principalmente os latinos".

A Comissão tem várias atribuições importantes, além das petições de violações que sempre trazem um grande impacto. O órgão não jurisdicional deve reealizar visitas aos Estados-membros para investigar situações, bem como em casos urgentes requerer, "medidas cautelares" específicas para evitar danos graves. Além disso, em casos de perigo, a Comissão deve dar às pessoas que pedirem "medidas provisórias", além de participar das reuniões com governos, acadêmicos e organizações não-governamentais para difundir temas referentes aos direitos que promove. A Comissão deve ainda estimular a consciência para os direitos humanos realizando estudos específicos com temas como a situação das mulheres, dos menores de idade e das comunidades indígenas.

No entanto, ao receber, investigar e analisar as petições individuais que alegam violações, o órgão faz desse juízo de admissibilidade obrigatório. Nesse órgão que fica em Nova York, as petições além de serem enviadas para julgamento podem sofrer ensejar o arquivamento, quando recebidas as informações, ou transcorrido o prazo fixado sem que sejam elas recebidas, não existirem ou não subsistirem os motivos da petição ou comunicação (art.48.2). Por outro lado, pode haver um acordo (solução pacífica) (art.48.6 e art.49) e ainda o reconhecimento de violação por parte do Estado.

3 ALGUNS PRINCÍPIOS DO CONTROLE

Para entender o controle é importante compreender os princípios que regem o Sistema IDH. Um deles é o do esgotamento dos recursos internos, previsto no art. 46 "a" da Convenção, requisito de admissibilidade de uma petição ou comunicação a ser analisada pela Comissão, que não é absoluto, quando nos termos do artigos 46: a) não há devido processo legal; b) não se houver permitido o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido impedido de esgotá-los; c) houve demora injustificada na decisão.

A proteção dos direitos humanos devem originariamente ser feita no âmbito interno, dentro do princípio da suplementariedade. Caso haja injustiça, há essa ação internacional para corrigir falhas ou vícios. Desse princípio também chamado de complementaridade decorre para alguns, o princípio do esgotamento interno, uma sentença transitada em julgado.

No julgamento, por outro lado, há o princípio da proibição de retrocesso, pelo qual um direito declarado e aceito como universal ou inerente ao homem não pode dele ser subtraído do artigo. 4.4: "Não se pode restabelecer pena de morte nos Estados que a hajam abolido".

Nenhum documento do Sistema violou essa proibição de subtrair direitos, ao contrário, sempre foram surgidos novos. Os documentos da Carta da OEA e da Declaração foram reiterados e aperfeiçoados nos tratados regionais específicos.

Outro importante princípio norteador dos julgamentos é o "pro homine", pelo qual há uma interpretação para o confronto de normas. No entre uma norma interna e outra internacional, prevalece a mais favorável ou benéfica, com base no artigo 29, "a" e "b".

Para o tema escolhido de acesso à Justiça no controle de convencionalidade, esse princípio permeia os julgamentos no Brasil e do País.

4 A CORTE IDH

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão judicial autônomo criado pelo Pacto, que visa aplicar e interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José e outros tratados regionais de direitos humanos, bem como até mesmo as convenções da ONU, que será objeto de apreciação em apartado. É composta por sete juízes, nacionais dos Estados

– Membros da OEA, eleitos a título pessoal entre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos. Não deve haver dois juízes da mesma nacionalidade(art.52), sendo que a função é exigir direitos humanos contra um ou mais Estados membros da OEA que se considere terem violado os direitos humanos nos tratados. Os atuais magistrados são presididos pelo brasileiro Roberto F. Caldas(Brasil).Os demais: Vice, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot(México), Eduardo Vio Grossi(Chile), Humberto Antonio Sierra Porto(Colômbia), Elizabeth Odio Benito(Costa Rica), Eugenio Raúl Zaffaroni(Argentina) e Patricio Pazmiño Freire(Equador).Os idiomas oficiais são os da OEA: espanhol, português, inglês e francês, com escolha a cada ano.

Há duas funções (ou competências), sendo uma consultiva e outra contenciosa, previstas no art. 2 do Estatuto e reforçadas pela jurisdicional dos artigos 61, 62, e 63 da Convenção, enquanto que a consultiva se encontra no artigo 64 do mesmo diploma. O artigo 62, que delimita a competência: (I) interpretar as disposições incorporadas na CADH; e (II) aplicar a dita Convenção". A competência para o julgamento contencioso de casos, limitada aos Estados Partes da Convenção que tenham expressamente reconhecido sua jurisdição, consiste na apreciação de questões envolvendo denúncia de violação, por qualquer Estado Parte, de direito protegido pela Convenção. Caso reconheça que efetivamente ocorreu a violação à Convenção, determinará a adoção de medidas que se façam necessárias à restauração do direito então violado, podendo condenar o Estado, inclusive, ao pagamento de uma justa compensação à vítima.

Responsabilidade, por sua vez, pode ser por ação, ou seja, como conseqüência de atos do Estado ou de seus agentes, mas também por aquiescência, devido ao consentimento tácito do Estado ou de seus agentes. Finalmente, o Estado pode ser responsabilizado por omissão, quando este é resultante do fato de que o Estado, ou seus agentes, não atuaram quando o deveriam fazer.

O quorum para as deliberações da Corte é constituído por cinco juízes (art.56), com as decisões tomadas pela maioria dos juízes presentes. Em caso de empate, o Presidente terá o voto de qualidade[4]. É um novo campo, um novo catálogo de direitos humanos e garantias, pluralista e nível superior, que visa suprir as falhas dos Estados.

Esse direito processual convencional de acesso à Justiça é relativamente novo na sua

[4] Art.23. *Quorum*, do Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

proteção de direitos humanos em nível de Brasil, mas como explica José Rivera Santivañez(2004, p.13) visa uma integração na proteção dos direitos humanos e deve buscar Justiça, entre as quais o de incluir recomendações ao Estado, como de suspender os atos que causam violação de direitos humanos, bem como de investigar e punir os responsáveis. Além disso, a condenação pode reparar os danos ocasionados e ainda introduzir mudanças no ordenamento jurídico. O dispositivo da sentença, por sua vez, pode ainda requerer a adoção de outras medidas ou ações estatais.

Como bases legais dos processos, Adelma Loianno(2010, 786) cita: ”a) A Convenção Americana(particularmente os artigo 52 a 69); b) o Estatuo da Corte (aprovado pela Resolução n. 448, em 1979); c) O Regulamento Interno da Corte(na atualidade se encontra vigente o LXXXXII Período Ordinário de Sessões – 19 a 31 de janeiro de 2009) e d) as regras emanadas e contidas na jurisprudência da Corte”. Os tratados regionais: 1)Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; 2) Pacto de San José da Costa Rica; 3) Protocolo Adicional da Convenção Americana dos Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador); 4) Protocolo Adicional da Convenção relativo à abolição da Pena de Morte; 5) Convenção Interamericana para Prevenção da Tortura; 6) Convenção Interamericana Sobre Seqüestro e 7) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher ou Convenção de Belém do Pará[5].

5 A BASE DO CONTROLE NA CORTE

O controle de convencionalidade é um mecanismo de proteção transnacional de Justiça exercido pelo Sistema, quando o direito interno é incompatível com a Convenção, configurando um acesso diferenciado ao devido processo. Pode ser um dispositivo previsto na Constituição ou como revela Eduardo Andrés Velândia Canosa(2012, p.194), quando atos administrativos, jurisprudência, práticas administrativas ou judiciais são incompatíveis com os tratados de direitos humanos no âmbito da OEA e agora da ONU, visando assegurar a supremacia da Convenção numa confrontação com o direito interno.

A base é o artigo 62 do Pacto que prevê sua aplicação em qualquer demanda por violação de direitos humanos ou fatos e atos internacionalmente ilícitos. O artigo 29, alíneas *a* e *b*, por sua vez, estabelecem que nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada no sentido de aceitar que

[5] Artigo 23 do Regulamento da Comissão.

qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, eliminem o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou os restrinja em maior medida do que a nela previstas.

É um garantia de que a sentença proferida pelo Sistema(Corte e Comissão) ou mesmo por um juiz ou tribunal brasileiro, pode dentro do processo determinar a modificação ou anulação de uma normas ou práticas internas, que violem um tratado de direitos humanos da OEA, como explica Manuel Ventura Robles, juiz da Corte: *"Los órganos de supervisión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos pueden y deben, en el contexto de casos concretos de violaciones de derechos humanos, determinar la compatibilidad o no con la Convención Americana de cualquier acto u omisión por parte de cualquier poder u órgano o agente del Estado, inclusive leyes nacionales y sentencias de tribunales nacionales"*.

Podemos buscar uma classificação usando inicialmente o controle de convencionalidade interno, que seria feito apenas no Brasil e, o internacional, que seria perpetrado no Sistema IDH.

O controle de convencionalidade interno no Brasil poderia ser dividido, como o controle de constitucionalidade, em preventivo e repressivo, sendo que a diferença seria que nessa dupla checagem vertical, o parámetro para impugnar uma lei interna: um tratado de direitos humanos. Portanto, durante o proceso legislativo haveria três posibilidades de impedir a entrada de uma espécie normativa primaria que violasse uma convenção.

A primeira seria feita pelo Legislativo, no âmbito do proceso legislativo, quando as Comissões de Constituição e Justiça da Câmara e do Senado poderiam emitir pareceres de modo a não permitir o trâmite de leis que violassem tratados de direitos humanos. Como se sabe, esses pareceres não impedem da discussão em plenário.

A segunda possibilidade seria o veto jurídico do Presidente da República, que na sua justificativa teria que barrar a lei com base num tratado de direitos humanos. No entanto, o veto tem como uma das suas características a possibilidade de ser derrubado pelo Congresso.

Finalmente, poderia se pensar, no direito-função que é do parlamentar, senador ou deputado federal, que por meio de mandado de segurança impetrado no Supremo Tribunal Federal pode solicitar o sobrestamento da discussão de cláusulas pétreas esculpidas num tratado de direitos humanos.

No ámbito internacional, estão presentes três posibilidades de controle de convencionalidade, sendo uma não jurisdicional na Comissão IDH. As outras duas, por outro lado, estão dentro das competências da Corte IDH, sendo uma consultiva e outra contenciosa.

Para Valério de Oliveira Mazzuoli, no entanto, há uma outra classificação, levando em conta os tipos dos tratados, com três tipos de tratados no Brasil: A) Tratados e convenções de direitos humanos, aprovados nas Casas do Congresso, em dois turnos, por 3/5 dos votos serão equivalentes às emendas constitucionais; B) Tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo procedimento ordinário terão o *status* de supralegal e C) Tratados internacionais que não versarem sobre direitos humanos serão equivalentes às leis ordinárias.

Uma conseqüência de ordem prática e de importância está no fato de que os tratados internacionais sobre direitos humanos que tenham sido aprovados por esse quórum dificultoso, servirão de parâmetro de controle de constitucionalidade e não de convencionalidade. Assim, uma lei ordinária divirja desse tratado internacional será reputada como inconstitucional.

Os tratados que não forem aprovados como emendas terão seu status de norma materialmente constitucional, constituindo paradigma de controle difuso de convencionalidade, somente. Art. 105, III. "a". Já os aprovados pela maioria qualificada, os tratados de direitos humanos serão material e formalmente constitucionais, e consistia paradigma do controle concentrado de convencionalidade.

Tratados de direito humanos paradigmas do controle concentrado autorizam que os legitimados elencados no artigo 103 da Constituição proponham ação que vise à retirada da validade da norma interna que viole tratado de direitos humanos vigente no país, ainda que em conformidade com a Lei Maior.

O controle difuso de convencionalidade dos tratados internacionais com status supralegal deve ser suscitado em preliminar, em cada caso concreto, devendo ser analisado pelo magistrado antes do mérito do pedido principal.

O controle de convencionalidade concentrado equivale ao controle de constitucionalidade concentrado, já que os tratados aprovados correspondem a emendas constitucionais.

Eduardo Andrés Velândia Canosa e Diana Johanna Beltrán Grandes(2012, p.117) ressaltam a importância desse controle de convencionalidade, citando como exemplo a doutrina colombiana., que é explicada por Edgard Andrés Quiroga Natale(2015, p.77).

O controle concentrado é consagrado, na jurisprudência, de forma explícita, nas sentenças: Lacayo vs. Nicarágua, Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Myrna Chang vs. Guatemala, Almonacid Arellano vs. Chile, entre otros. Trata-se do cumprimento da função principal que foi outorgada pela Convenção no artigo 62 e os Estados precisam obedecer as obrigações convencionais e respeitar os direitos humanos no ámbito dos tratados regionais e

também no ámbito da ONU.

As espécies normativas primárias previstas no artigo 59 da Constituição do Brasil podem ser confrontadas na Corte levando em conta os tratados de direitos humanos, com fundamento no artigo 2.o. da Convenção, segundo a qual os Estados-Partes tem o dever de adotar em suas disposições de direito interno a citada convenção.

Com explica Valério de Oliveira Mazzuoli(2010, p.763): "Se o exercício dos direitos e liberdades mencionadas no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitas e liberdades"

O controle de convencionalidade é um mecanismo de proteção processual transnacional exercido pela Corte nas hipóteses nas quais o direito interno brasileiro seja incompatível com o Pacto, para garantir a supremacia da Convenção, mediante um exame de confrontação.

O acesso à Justiça transnacional garante que as autoridades nacionais, bem como as legislações dos Estados-partes, devem compatibilidade com o Pacto, como está na sentença do caso "La Última Tentación de Cristo", que determina a modificação da lei chilena. Mas, pode ainda buscar a revogação, anulação ou reformas de normas ou mesmo políticas executivas internas, visando proteger os direitos humanos até mesmo de leis municipais, como na doutrina colombiana (VELANDIA CANOSA; BELTRÁN GRANDE p, 118).

Talvez, a melhor classificação, a fim de evitar confusão doutrinária, seria dividir em controle interno, que poderia ser preventivo e repressivo (difuso ou concentrado) e, controle internacional, na Comissão e na Corte. A jurisprudência estabeleceu que "os juízes e órgãos em todos os níveis tem a obrigação de exercer ex-ofício um controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção, dentro das suas competências".

6 OS CASOS DE CONTROLE NA CORTE

O caso pioneiro envolve a liberdade de expressão cinematográfica e é bem importante para definir os contornos desse controle feito pela Corte IDH, que invalidou uma lei chilena. No caso contencioso da "Ultima Tentação de Cristo vs. Chile", Olmedo Bustos e outros procuraram a Corte devido a uma censura envolvendo o Conselho de Qualificação Cinematográfica do Chile, que vetou a exibição do filme "A Última Tentação de Cristo", que, segundo o órgão, atentava contra os

dogmas religiosos do país, que é confessional católico.

Na Justiça do Chile, a censura foi confirmada ao filme. Os fatos são 29 de novembro de 1988 quando o Conselho proibiu o filme. A decisão foi posteriormente ratificada pela Corte Suprema de Justiça. Em 17 de novembre de 1999 a Câmara de Deputados aprovou projeto de reforma constitucional eliminando a censura previa no cinema.

As acusações na Comissão eram de violações: artigo 1 (Obrigação de respeitar direitos), artigo 2 (Deve de adotar disposicões de direito interno), artigo 12 (Liberdade de Consciência e de Religião) e, principalmente, do artigo 13 (Liberdade de Pensamento e de Expressão). As vítimas acionaram a Comissão e o Chile nada fez para eliminar a censura vedada no Pacto, o que proporcionou o julgamento. Para Corte, os envolvidos tiveram prejuízos e Ciro Colombara López, uma das vítimas, perdeu seu emprego na Universidade Católica do Chile. O Chile acabou sendo condenado com base em violação dos artigos 13 e artigos 1.1 (Aplicação dos Direitos e Deveres) e 2 (Obrigação de adequar à legislação interna) da Convenção, em face de Juan Pablo Olmedo e outros.

Como reparação dos danos, o Chile deveria retirar a e censura prévia, que viola o Estado Democrático de Direitos, e permitir a exibição do filme, o que configura um tipo de controle de convencionalidade. hile deve modificar seu ordenamento jurídico em seis meses, suprimir a censura previa para permitir a exibição. Deve informar as medidas tomadas a esse respeito e ainda pagar US$ 4.290 aos exibidores por meio da Comissão Interamericana de Derechos Humanos. Uma supervisão do cumprimento da Sentença concluíu o caso.

Outros casos de controle: El Amparo vs. Venezuela, Caballero Delgado vs. Colômbia, Castilllo Pàez vs. Peru, Suarez Romero vs. Equador, Castillo Petruzzi e outros vs. Colômbia, "Barrios Altos" vs. Peru, Periódico "La Nacion" vs. Costa Rica, Caesar vs. Trinidad e Tobago, Fermin Ramírez vs. Guatemala, Raxcacó Reys vs. Guatemala e Almonacid Arellano v.s Chile. Esse julgamento envolvendo o Chile é o que consolida a nulidade de leis de anistia, pois a Corte IDH no caso Almonacid Arellano, pede a revogação da Lei de Anistia chilena.

7 GOMES LUND VS. BRASIL (GUERRILHA DO ARAGUAIA)

A petição ou procedimento começou na Comissão Interamericana em 1995 por iniciativa do CEJIL (Centro pela Justiça e o Direito Internacional) e pela Human Rights Watch/Americas. A

demanda chegou a Corte pela Comissão no dia 26 de março de 2009, no caso 11.552, mais conhecido como caso Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia).

A razão da medida foi o entendimento da Comissão sobre a responsabilidade do Brasil pela tortura, detenção arbitrária e desaparecimento forçado de aproximadamente 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil (PC do B) e camponeses da região, a ditadura militar (1964- 1985), em decorrência de manobras do Exército brasileiro realizadas entre 1972 e 1975 com o propósito de por fim a Guerrilha do Araguaia Caso 11.552.

Na Comissão e, posteriormente, na Corte, o Brasil levantou quatro exceções preliminares: *ratione temporis*, falta de esgotamento dos recursos internos, ausência de interesse processual e "regra da quarta instancia".

As autoridades brasileiras alegaram que não reconheciam a competência da Corte para o julgamento, pois os fatos ocorreram antes do Brasil reconhecer a competência da Corte IDH, o que ocorreu em 1992, enquanto que as ações dos militares se deram nos anos de 1972 a 1975. Corte entendeu que se tratava de crimes permanentes, pois havia desaparecimentos forçados. Crimes que estariam ocorrendo, pois os corpos dos irmãos Petit, por exemplo, não haviam sido localizados.

Outra alegação foi à falta do esgotamento dos recursos internos. No entanto, a demora de cerca de quarenta anos serviu de argumento para afastar a alegação. As duas alegações da proibição de uma quarta instância e da falta de legitimidade também foram rechaçadas como base na jurisprudência do tribunal. O Brasil foi condenado por descumprimento das obrigações previstas nos arts. 3, 4, 5, 7, 13 e 25 c. art. 1.1 e 2, bem como revogar a Lei da Anistia (6.683/79), aprovada em 1979 que: "impide la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos".

A Corte estabeleceu na Sentença: "constituí por si uma forma de reparação e, adicionalmente, ordenou ao Estado determinadas medidas de reparação, como a criação da Comissão da Verdade e outras, que foram cumpridas".

Por não cumprir esse tipo de controle, a Corte IDH solicitou um acompanhamento do caso, a fim de que o Brasil possa tomar providências. No entanto, nos três casos brasileiros pendentes em 2016, o Vladimir Herzog e outros vs. Brasil versa sobre a mesma temática. Os dois são Genoveva e outros (Favela Nova Brasília) vs. Brasil e Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil.

Por outro lado, a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamenta n. 153 apreciada pelo Supremo Tribunal Federal julgou a Lei da Anistia recepcionada, ao contrario da Corte IDH. Há embargos de declaração na ADPF 153(2010) contra a Corte, que não foram analisados.Esses embargos foram apensados à ADPF 250, que tem objeto similar, e ambos aguardam algum tipo de

andamento.

Em duas oportunidades, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, a Comissão sobre Mortos e Desaparecidos Políticos e a Comissão de Anistia, pleitearam ao STF, ao seu então presidente, ministro Ricardo Lewandowsky, e ao relator das ações, ministro Luiz Fux, a designação de audiência pública sobre o tema. Nenhuma providência foi adotada.

8 OPINIÃO CONSULTIVA

É possível fazer controle de convencionalidade por meio da opinião consultiva feita à Corte IDH. O entendimento jurisprudencial e doutrinário da responsabilidade internacional do Estado pela elaboração e aplicação de leis violadoras da Convenção, como está nos artigos 1. e 2, ficou clara na Opinião Consultiva 14/94 no caso Lacayo vs. Nicaragua.

Corte reafirmou que existe responsabilidade internacional do Estado pela elaboração e aplicação de leis violadoras da Convenção, como está nos artigos 1. e 2, como ficou claro na Opinião Consultiva 14/94 no caso Lacayo vs. Nicaragua.

Entre as competências da Opinião Consultiva está a de respondes a dúvidas formuladas pelas partes internacionalmente responsáveis, ou seja, um tipo de interpretação autêntica dos tratados da Organização dos Estados Americanos.

Se os Estados, quando assumem o compromisso internacional e aceitam a competência jurisdicional da Corte, devem se sujeitar a interpretação que é dada pelo órgão oficial do tratado podem ser solicitados à seguir as recomendações feitas na referida interpretação, incluindo a revogação de uma lei interna. A finalidade é a de evitar aplicação de um tratados das Américas segundo entendimento próprio, violando o Pacto de San José. Cada estado, antes de ingressar no tratado, tem uma pré-compreensão sobre uma série de coisas, em especial dos compromissos internacionais. E devido a questões ligadas à soberania, o Estado tende adotar sua compreensão sobre a dos outros estados partes, numa postura soberanista. Por outro lado, a Corte pode ampliar para leis das Nações Unidas.

A Opinião Consultiva 16/99 solicitada pelo México, quando a Corte delineou o alcance do seu julgamento: “O ‘corpus juris’ do Direito Internacional dos Direitos Humanos está formado por um conjunto de instrumento internacionais de conteúdo e efeitos jurídicos variados (tratados, convenções, resoluções e declarações). Sea evolução dinâmica têm exercido um impacto positivo

no Direito Internacional, num sentido de afirmar e desenvolver a amplitude deste último para regular as relações dos Estados e dos seres humanos sob a sua jurisdição. Por tanto, esta Corte debe adotar um criterio adequado para considerar a questão sujeita ao exame dentro de um marco de evolução dos direitos fundamentais da pessoa humana dentro de um direito internacional contemporáneo".

A opinião apenas reforça o entendimento que na busca do princípio pro-homini, as cortes e tribunais devem buscar efetivar direitos humanos.

9 O CONTROLE DIFUSO: PRISÃO CIVIL NO BRASIL

O controle difuso, incidental ou ainda via de exceção, que se apresenta nos processos internos, como aconteceu no Brasil com a prisão civil por dívida, a qual o Supremo Tribunal Federal entendeu a prevalência das normas da Convenção sobre o Código Civil. Em virtude deste tipo de controle, qualquer Juiz ou Tribunal do Brasil pode não aplicar uma lei que confronta a Convenção, dando aplicação direta ao tratado. Portanto, se trata de um controle concreto, que pode se apresentar em processos civis, penais, administrativos ou constitucionais(FERRER MAC-GREGOR, 2012, p. 4).

No Recurso Extraordinário n. 466.343-SP julgado em 3 de dezembro de 2008, o STF revogou o artigo 652 do Código Civil, que previa a prisão civil do depositário infiel. Portanto, o Supremo não aplicou o direito civil nacional e em seu lugar aplicou a Convenção, depois de uma confrontação entre ambos num caso concreto, numa decisão pro-homini, que protegeu os direitos humanos.Caso de controle interno de convencionalidade, com a edição inclusive de súmulas para reforçar o entendimento já que se tratava de julgamento entre as partes.

Em 3/12/2003, o Pleno do Supremo reconheceu que os tratados de direitos humanos valem mais do que lei ordinária (HC 87.585-TO e RE 466.343-SP). Na pauta a tese do ministro Gilmar Mendes, que defendia supralegalidade dos tratados de direitos humanos, e de outro lado, a tese do Ministro Celso de Mello, que sustentava o valor constitucional desses tratados relativos aos direitos e garantias. A primeira tese venceu a segunda por cinco votos a quatro. Bem, dois tratados internacionais de direitos humanos no âmbito da Organização dos Estados Americanos foram usados para a construção jurisprudencial.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 11 prevê: *"Ninguém poderá ser*

preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual", enquanto que Convenção IDH, art. 7º, inciso VII estabelece:*"Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandamentos da autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar."* Importante salienta que o PICP é de 1966, mas foi ratificado pelo Brasil em 24 de setembro de 1992, aprovado pelo Congresso (Decreto Legislativo n. 226/91) e adotado na legislação interna por força do Decreto Presidencial n. 592, de 06 de julho de 1992.

Convenção de 1969 (Pacto de San José), por sua vez, foi ratificada sem reserva pelo Brasil, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 27/92, de 25 de setembro de 1992, e incorporada pelo ordenamento pátrio pelo Decreto Presidencial n. 678, de 06 de novembro de 1992.

A legislação interna foi construída na Constituição de 1988, que no artigo 5º, inciso LXVII, afirma: "*Não haverá prisão civil por divida, salvo responsabilidade pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do* ***depositário infiel****"*.

Com isso, o Código Civil trouxe dois artigos, o. *62: " Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame",*enquanto que o *652: "Seja o depósito voluntário ou necessário,* ***o depositário que não o restituir*** *quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos."*

O teor do julgamento sobre a Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008.

Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 25, dispondo que: *"É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito."*

Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso repetitivo, acabou por impossibilidade de prisão de depositário infiel abrange tanto a alienação fiduciária (caso do Recurso Extraordinário n. 466.343). Editou a Súmula 419: *"Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel."*

10 AS LEIS DE GENEBRA(ONU)

A interpretação do caso busca a universalidade dos direitos humanos, ampliando a competência da Corte para os tratados no âmbito das Nações Unidas é uma das recentes inovações. O julgamento é um caminho diferente, na qual a Corte amplia o objeto do controle para as chamadas Leis de Genebra e não se importa o catálogo de direitos, mas sim a supremacia desses direitos, com base no artigo. 62 da Convenção, dentro da concorrência dos controles internos e internacional ocorridos em o Masacre de Santo Domingo vs. Colômbia.

Foi instalado um tipo de controle dinâmico e complementar das obrigações convencionais dos Estados de respeitar e garantir os direitos humanos regionais (primariamente obrigadas) e as instâncias internacionais (de forma complementaria), de modo que os critérios de decisão possam ser conformados e adequados entre si. O dialogo inter convencional e internacional delimitada um novo campo.

A Corte tem prolatado sentenças de fundo com a ampliação da sua competência, com punições das violações de direitos humanos em conflitos armados internacionais, como o caso da Colômbia contra as Forças Armadas Revolucionárias (FARC). Nas justificativas do tribunal, fica claro que a Convenção não estabelece limitações, possibilitando a utilização das normas do Direito Internacional Humanitário como parâmetro.

Isso significa a possibilidade de utilizar mecanismos próprios do Direito Internacional Humanitário para expandir o alcance e os conteúdos dos direitos e deveres dos Estados, cujo exame de compatibilidade deve ser feito também pelos juízes internos e também pela Corte.

Na decisão, a Corte abriu a possibilidade de que, a interpretação das normas consuetudinárias do Direito Internacional Humanitário e seus respectivos princípios, como o da distinção, proporcionalidade e precaução, sejam marcos das obrigações do Estado estipuladas na própria Convenção, visando à complementaridade dos sistemas de proteção. Ainda que sejam diversos os sistemas não são antagônicos, mas compatíveis e subsidiários e por isso, a competência da Corte abrange os atos ou omissões dos Estados que violam direitos humanos previstos na Convenção de Genebra de 1949.

Os tratados globais devem servir para interpretação sistemática e principio lógica, como o princípio pro-homini e também o não ao retrocesso, complementariedade e proteção integral.

O Pacto de São José estabelece a ampliação do alcance da jurisdição, o que fica claro na defesa e rejeição das exceções preliminares de que as violações eram contra o direito à vida, integridade pessoal, propriedade privada e a circulação e direito de residência por serem temas relativos a uma presumível violação do Direito Internacional Humanitário, que faz parte dos

tratados da Organização das Nações Unidas.

Os Estados-partes se obrigam a respeitar também esses direitos e às liberdades reconhecidas no documento da ONU, bem como a garantir seu exercício para todas pessoas na sua jurisdição. A sentença diz que toda a atividade da Corte não tem nenhum limite normativo e toda norma jurídica é suscetível de ser submetida a ese controle de convencionalidade.

11 CONCLUSÕES

Do exposto, infere-se que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos é de grande importância para acesso aos direitos fundamentais, funcionando o controle de convencionalidade como um fiscal da respeitabilidade por parte dos Estados-parte da Organização dos Estados Americanos, pois até mesmo os são signatários podem ser alcançados pelo controle de convencionalidade feito pela Comissão IDH.

Pelas análises jurisprudenciais fica claro que se trata de uma instância superior, supranacional, que visa à aceleração da proteção por um mecanismo destinado a corrigir falhas internas, como fica demonstrado na revogação da prisão civil por divida do depositário infiel no Brasil.

Na Corte funciona, embora alguns autores afirmem se tratar de controle concentrado, o mais correto é chamar esse controle de internacional, pois envolve o contencioso e o consultivo. No caso das petições que começam pela Comissão há um verdadeiro processo jurisdicional de partes, que dentro do devido processo legal de acusação, busca assegurar igualdade entre as partes, Estados e pessoas que acionam o sistema.

Dentro do Estatuto e o Regulamento da Corte, pode-se estruturar um real Código de Processo Constitucional Transnacional das Américas, que amplia seu alcance para normas do Direito Internacional Humanitário.

O Sistema Interamericano funciona como órgão de proteção complementar aos direitos humanos nos países da OEA, haja vista ser necessário, de regra, que sejam esgotados os recursos internos, embora existam exceções como a demora excessiva O dito exame de compatibilidade deve ser feito sobre todos os atos normativos ou não, bem como as sentenças proferidas pelo Judiciário, tomando como parâmetro a Convenção e seus Protocolos Adicionais, além da jurisprudência da Corte IDH, que é o órgão que tem autoridade para interpretar as disposições nos casos contenciosos que são levados para sua apreciação.

A partir da sentença do caso colombiano e outras manifestações no mesmo sentido, a jurisprudência vai sinalizando uma profunda atualização no sistema.

Apesar disso, por não ser órgão de um Estado, pode apreciar e julgar com imparcialidade todas as denúncias contra os próprios membros, que são os principais violadores dos direitos humanos. Essas autoridades que ocupam cargos e funções importantes passam a ter um controle no abuso das violações e degradações. Os Estados continuam com suas competências, mas a busca de Justiça não termina em nível interno.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASILLO, Niceto. **Estudios de te teoria general y historia Del proceso(1945-1962),** Tomo 1, 2. Ed, México: UNAM, 1992.

ANNONI, Danielle. **Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional: responsabilidade internacional do Estado.** Curitiba: Juruá, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v.I. São Paulo: Saraiva, 1988.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992 e 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira.** 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

CANTOR, Ernesto Rey. **Acesso Sistema Interamericano de Derechos Humanos.** Bogotá: Colômbia, 2010.

CONDE, Fernando Jiménez (coord.). **Tutela jurisdicional de los derechos fundamentales.** Murcia: Diego Marín Librero-Editor, 2002.

CARVALHO, Júlio Marino de. **Os direitos humanos no tempo e no espaço: visualizados através do direito internacional, direito constitucional, direito penal e da história.** Brasília: Brasília

Jurídica, 1998.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coordinador). **El control difuso de convencionalidad**, Santiago de Querétaro: FUNDAP, 2012.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Reflexões comparativas sobre los sistema interamericano y europeo de protección de los derechos humanos <in> Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados,** (Méndez Silva – coordenador). Cidade do México: Instituto de Investigações Jurídicas, 2008.

.-------- **Los derechos humanos y su protección internacional,** Lima: Grijley, 2009.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica.** 2. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

------.**Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flavia; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; DULITZKY, Ariel E.; GALLI, Maria Beatriz; MELO, Mônica de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; KRSTICEVIC, Viviana. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **El processo transnacional.** Buenos Aires; Ediar, 1992.

LEDESMA, Héctor Faúndez. **El agotamento de los recuros internos em El Sistema de Protección de los derechos humanos**, São José da Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2007.

LLORENTE, Francisco Rubio. **Derechos fundamentales y princípios constitucionales.** Barcelona: Editorial Ariel, 1995.

LOIANO, Adelina. **El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos <in> MANILI,** Pablo Luis (Director). *Tratado de Derecho Procesal Constitucional,* Tomo III, Buenos Aires: La Ley, 2010.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución.** Madrid: Tecnos, 2003.

_____. **La universalidad de los derechos humanos y El estado constitucional.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Ciência política, Estado e direito público: uma introdução ao Direito Público da contemporaneidade.** São Paulo: Verbatim, 2011.

PIOVESAN, Flávia.**Temas de direitos humanos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1998.

MARTOS, José A. Montilla. **Minoria política & tribunal constitucional.** Madrid: Trotta, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos & cidadania: à luz do novo direito internacional.** Campinas: Minelli, 2002.

---------. **Curso de direito internacional público.** 4. ed., rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MONTERISI, Ricardo D. **Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos,** La Plata: Libreria Editorial Platense, 2009.

MOYA DOMÍNGUEZ, Maria Teresa y VILLARREAL, David. **Comisión Interamericana de Derechos Humanos <en> Tratados de los Tratados Internacionales.** (CARNOTA, Walter F. y MARANIELLO, Patrício Alejandro (directores); LEONTINA SOSA, Guillermina {coordinadora}), Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2011.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade.** Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2002.

PARDO POSADA, Nohora Elena; HERNÁNDEZ DÍAZ, Carlos Arturo. **Las decisicones de los organos internacionales, El bloque de constitucionalidad y su incidência em El derecho interno <in> Derecho Procesal Constitucional** (coordinador: Eduardo Andrés Velandia Canosa), Tomo II, Volumen II, Bogotá: Agencia Imperial, 2011.

PEREZ TREMPS, Pablo. **Las garantias constitucionales y la jurisdicción internacional em la protección de los derechos fundamentales,** Anuário de la Facultad de Derecho, n. 10 Universidade de Extremadura.

PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 9. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PODETTI, Ramiro. **Trilogia estructural de la ciência Del proceso civil <in> Revista de derecho,** Tomo 2, Vol 1, Córdoba: EDUCC, 2009.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. **Direitos humanos.** Curitiba: Juruá, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. **Estudos e debates em direitos humanos.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

RIVERA SANTIVAÑEZ, José Antonio. **Tribunal Constitucional y Protección de los derechos**

humanos, Sucre: Tribunal Constitucional de Bolivia, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos.** 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1997-2003. 3 v

TRUCCO, Marcelo F. **La protección transnacional de los derechos humanos. El valioso aporte de la Corte Interamericana <in> Tratado de los tratados internacionales,**(CARNOTA, Walter F. y MARANIELLO, Patrício Alejandro (directores); LEONTINA SOSA, Guillermina {coordinadora}), Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2011.

VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. **La Justicia Constitucional y sua modelo transnacional <in> Derecho Procesal Constitucional,** Tomo III, Volumen I, Bogotá: VC Editores Ltda, 2012.

-------.**Derecho procesal constitucional transacional – El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos <in> Derecho Procesal Constitucional***,* Bogotá: VC Editores, 2014.

QUIROGA NATALE, Edgar Andrés. **Tipicidad constitucional y control de convencionalidad em Colombiama partir de 1991, <in> Derecho Procesal Constitucional***,* Bogotá: VC Editores, 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil.** Madrid: Editorial Trotta, 1995.

O OUTRO LADO DA DEMOCRACIA E A SEMÂNTICA DA HUMANIDADE: Revisitando o pensamento de Carl Schmitt

L'altra parte della democrazia e la sant'antica dell'umanità: Rivedere il pensiero di Carl Schmitt

José Luiz Ragazzi*[1]

Luiz Guilherme Salles Barbosa[2]

[1] Doutor em Direito Processual Civil - PUC-SP, advogado e professor do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas- Pouso Alegre-MG

[22] Mestrando em direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, com área de concentração em constitucionalismo e democracia. E-mail para contato: luizguilherme.barbosa@outlook.com

RESUMO

Carl Schmitt vem despertando interesse em diversas pesquisas recentes, que encontram no autor um discurso sólido, apesar de sua personalidade duvidosa, frequentemente questionada por conta do envolvimento do autor com o nazismo. No entanto, o que permite um certo fascínio ao se revisitar o pensamento de Schmitt é que apesar dele se inserir em um paradigma crítico, sua visão é absolutamente alternativa às abordagens marxistas de ampla divulgação, de modo que é possível observar em sua obra um inédito contraponto a uma série de referências vigentes. Uma de suas principais noções, que compõe o objeto do presente artigo, é a distinção política entre amigo e inimigo, cujos valores de reconhecimento mudaram drasticamente com a ascensão da semântica dos direitos humanos, gerando graves consequências na sociedade. Objetiva-se, dessa forma, explorar o pensamento de Schmitt para identificar e descrever um lado obscuro das visões humanistas, normalmente excluído do espectro de observação, destacando seus eventuais desdobramentos negativos, sobretudo com relação à diversidade. Para tanto, utilizar-se-á por referência a perspectiva sistêmica de Niklas Luhmann.

Palavras-chave: Política. Democracia. Direitos humanos. Carl Schmitt. Luhmann. Diversidade. Inimigo.

SOMMARIO

Carl Schmitt ha suscitato interesse per diverse indagini recenti che trovano l'autore di un discorso solido, nonostante la sua dubbia personalità, spesso messa in discussione dal coinvolgimento dell'autore ha nazismo. Tuttavia, consentendo un certo fascino quando si rivisita il pensiero di Schmitt è che anche se sta entrando in un paradigma di critica, la tua visione è assolutamente alternativa agli approcci marxisti ampiamente diffusi, in modo che si può vedere nel suo lavoro un unico Counterpoint a un numero di riferimenti attuali. Uno dei suoi principali nozioni, che costituisce l'oggetto di questo articolo è la distinzione politica fra amico e nemico, i cui valori di riconoscimento sono cambiate drasticamente con l'aumento della semantica dei diritti umani, provocando gravi conseguenze nella società. Lo scopo è quindi quello di esplorare il pensiero di Schmitt per identificare e descrivere un lato oscuro delle viste umanistici, normalmente esclusi dallo spettro osservazione, evidenziando eventuali sviluppi negativi, soprattutto per quanto riguarda la diversità. Pertanto, deve essere utilizzato con riferimento alla prospettiva sistemica Niklas Luhmann.

Parole chiave: Politica. Democrazia. Diritti umani. Carl Schmitt. Luhmann. Diversità. Nemico.

1 INTRODUÇÃO

Carl Schmitt é um autor que divide opiniões, é possível observar sua obra como uma ode ao Estado de Exceção, ao mesmo tempo que se pode enxergar nela uma espécie de alerta contra mitos modernos, como o da segurança jurídica, do progresso ou dos direitos humanos. No entanto, o potencial do pensamento de Schmitt é amplamente reduzido quando se intenta buscar seu "verdadeiro sentido", o que se faz submetendo a obra diante da biografia do autor.

O problema desse tipo de abordagem é que ela deturpa a legitimidade de um discurso por conta de uma suposta contextualização histórica, que há de ignorar que ela própria é historicamente condicionada e parte de uma série de pressupostos retirados da cultura vigente desde o pós-guerra, o que somente é capaz de incitar uma série argumentos *ad-hominem*.

Todavia, não se propõe aqui uma leitura a-histórica de Schmitt. A própria possibilidade de uma interpretação coerente de sua obra deve estar apoiada em grande parte na projeção do seu contexto fático. Isto significa, portanto, que Schmitt não pode ser "reconstruído" como um autor democrático ou liberal, ao contrário, ele deve ser justamente observado como oposição a essas referências, sem que se implique na negação de valores vigentes ou no resgate de fatos passados. O que não se deve, portanto, é instrumentalizar um autor, desfigurando as possibilidades reais de sentido em seus textos, tal como Gramsci fez ao supor um Maquiavel que, maquiavelicamente, poderia ser um opositor da monarquia sob disfarce[3].

É justamente nesse sentido que Schmitt tem sido alvo de releituras por diversos autores contemporâneos e de localidades diversas. Na Europa, Giorgio Agamben, por exemplo, se inspirou fundamentalmente na distinção entre amigo e inimigo para teorizar seu *Homo Sacer*, um conceito que também aparece em diversos textos de Slavoj Zizek; Jacques Derrida, por sua vez, utilizou a mesma distinção como base para sua *Política da Amizade*[4]; por fim, também Chantal Mouffe e Ernesto Laclau, em *Hegemonia e estratégia socialista*, uma obra amplamente divulgada na América Latina, utilizam a noção de inimigo político desenvolvida por Schmitt para falar em processos hegemônicos sem recorrer a semântica da luta de classes.

Destarte, é possível afirmar que apesar da *Teologia Política* e da *Teoria da Constituição* serem os livros mais polêmicos de Schmitt, e também os mais conhecidos, por

---

[3] Nesse sentido, cf. GRAMSCI, Antonio. **Maquiavel, a política e o Estado moderno**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1978.

[4] Tradução livre do título original *Politiques de l'amitié*, que não conta com tradução oficial para o português.

conta da defesa de um Estado de exceção persistente e do decisionismo jurídico, é no *Conceito do Político* que o autor alcança uma maior importância para o pensamento corrente.

Nesse sentido, o presente artigo utilizar-se-á das compreensões presentes na referida obra de Schmitt, notadamente a distinção amigo/inimigo, com o objetivo de lançar uma perspectiva diferente sobre alguns axiomas incontestados, de modo que seja possível observar e descrever o que fica normalmente excluído do espectro de observação, sobretudo no que se refere especificamente aos direitos humanos, que em última instância, volta-se para as condições da ascensão do Estado Democrático de Direito enquanto modelo idealizado e unívoco de organização política.

Em um primeiro momento, descrever-se-á as distinções feitas por Schmitt para estabelecer a forma de sentido amigo/inimigo como um código de orientação política; após, descrever-se-á o fenômeno da despolitização do Estado de Bem-Estar Social como reflexo de uma sociedade funcionalmente diferenciada; e por fim, observar-se-á a semântica dos direitos humanos como condição de possibilidade para uma série de neutralizações que se pode identificar no pós-guerra e quais as suas consequências na sociedade.

Para tanto, utilizar-se-á por referência a Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann, partindo do conceito de observação de segunda da ordem para propor uma leitura diferenciada de Schmitt, que significa de modo simples apresentar seu pensamento como ruptura do que se conhece por direitos humanos, ao invés de propor enfrentamentos analíticos com outros autores ou com juízos morais. Cabe ainda destacar que não se trata de uma correção de pontos incômodos da obra de Schmitt recorrendo à Luhmann, em um verdadeiro sincretismo metodológico, mas apenas de uma leitura de Schmitt sob o prisma sistêmico luhmanniano.

2 AMIGO E INIMIGO

Estado e política não se confundem. O Estado, em seu sentido sensorialmente perceptível, que inclui toda a administração pública e seu respectivo pessoal, prédios e câmaras, é mera instância decisória que reproduz comunicações de poder, ainda que essa função não lhe seja restrita. A política, por outro lado, é muito mais abrangente, podendo ser observada como todo um sistema de sentido, ou seja, trata-se de uma racionalidade própria, que distingue informações de forma seletiva, orientando-se a partir da diferença entre situação e oposição[5].

[5] Nesse sentido, LUHMANN, Niklas. **Die politik der gesellschaft**. 1. ed. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 2002. p. 95-96.

Poder-se-ia estabelecer também uma outra distinção, no sentido de que só é possível compreender o Estado quando antes existe um conhecimento político do que é um Estado que lhe sirva de pressuposto; esta hipótese gnosiológica permite observar a estrutura estatal como uma ficção criada pela política para si mesma, servindo-lhe de condição de possibilidade para organizar o poder legítimo e assim operacionalizar a tomada de decisões coletivas vinculantes através de instituições dissociadas das características pessoais dos governantes[6].

Alternativamente, para satisfazer também eventuais anseios nominalistas, poder-se-ia recorrer a origem etimológica do Estado em sua correspondente latina *Status*, que significa algo imóvel, estático. Nesse sentido, o uso inaugural da palavra Estado para se referir às organizações políticas é atribuído a Maquiavel, no *Príncipe*, que utilizou a palavra para designar a unidade da diferença entre monarquias e repúblicas, criando um ponto seguro e persistente de enlace para que todas as organizações políticas até então existentes caíssem categorizadas como estágios de um ou outro modelo, difundindo, portanto, o uso do termo.

A perspectiva de Carl Schmitt, por sua vez, perpassa todas essas distinções, mas reduz toda a diversidade de referências sob uma mesma forma, que oscila apenas entre dois valores. Poder-se-ia dizer, portanto, que o autor transforma uma série de relações análogas que envolve a política em relações digitais, tornando-as desse modo mais compreensíveis, já que se reduz as possibilidades de interpretação em uma relação de inadmite terceiros valores, ou seja, uma relação autorreferente.

Nesse sentido, Schmitt compreende a política como a unidade que se observa através da diferença entre amigo e inimigo[7], motivo pelo qual qualquer comunicação que se refira a um lado ou outro da distinção será política, independentemente do contexto em que se insira. Assim, não se pode igualar o Estado à política porque ele constitui apenas uma parte do que se pode observar como político, especificamente aquela em que o monopólio da violência é direcionado aos inimigos do Estado.

Diferenciando dessa maneira política e Estado, Schmitt logra não somente expandir a compreensão do que é político para além da organização estatal, mas também observar temas políticos em todos os meios de sentido, até mesmo naqueles pretensamente neutros, como a ciência ou o direito. Trata-se, portanto, de uma compreensão mais inclusiva, que procura dissociar a política da imagem de um Estado burocrático, em que o que é político se torna de interesse exclusivo dos membros de uma oligarquia parlamentar altamente seletiva. De forma

---

[6] LUHMANN, Niklas. **Teoria política del Estado de Bienestar**. Tradução de Fernando Vallespin. Madrid: Allianz Universidad, 1993. p. 94

[7] SCHMITT, Carl. **O conceito de político**: Teoria do Partisan. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 27.

contrária, portanto, Schmitt vê a política próxima do cotidiano, presente em qualquer comunicação que se distinga quem é amigo e quem é inimigo.

Em um segundo momento, mas ainda na mesma linha, Schmitt procura diferenciar também política e governo, apontando a burocracia francesa do século XIX como principal responsável pela tentativa de correspondência entre esses dois sentidos. Na visão do autor, tratar a política como sinônimo de um governo submetido ao direito administrativo não passa de uma estratégia de despolitização para sustentar decisões pretensamente neutras, de modo a evitar questões polêmicas e impedir um desgaste político constante.

No entanto, ainda que se atribua a tomada de uma decisão ao direito, qualquer referência jurídica ou de outro sistema que seja utilizada durante a argumentação decisória funcionará como um mero terceiro incluído, que tem absoluta importância simbólica, mas nenhuma importância real, já que a decisão se mantém política, isto é, continua a funcionar mediante distinção amigo/inimigo[8].

Schmitt observa, no entanto, que o esforço para igualar a política a um governo burocrático se trata de uma simples adaptação de ordem prática na interação cotidiana entre direito e política, o que se traduz na identificação do direito como política concretizada e da política como política em potencial e vice-versa. Todavia, diferentemente de seu antecessor do século passado, o Estado do início do século XX se observava interpenetrado em diversos âmbitos sociais, estabelecendo relações não somente com o direito, mas com diversos outros meios. Assim, tornar-se-ia inócua qualquer tentativa de síntese através da oposição entre política e sociedade, já que não seria mais possível distinguir qualquer aspecto social completamente apolítico.

Esse Estado ao qual Schmitt se refere se convencionou chamar de Estado de Bem-Estar Social, que é aquele em que a política passa a destinar uma série de prestações a outros sistemas, assegurando-se uma crescente quantidade de direitos sociais, independentemente da observação de um cenário econômico ou mesmo político favorável. Esse tipo de Estado intervencionista, que procura ser o máximo inclusivo, encontra condições para se desenvolver através da referência democrática, que se molda em oposição ao Estado burguês neutro de século anterior.

No entanto, a adoção de uma referência democrática se observa paradoxal, já que é justamente ao se impor uma baixa seletividade para acesso ao meio de comunicação político

[8] Um exemplo de Schmitt envolve discussões supostamente jurídicas acerca da natureza das prestações devidas por Estados derrotados em guerra: seriam tributos ou reparações? Ainda que a argumentação se volte para o direito, a decisão tem um significado político, de subjugação ou de prestação voluntária, em última instância, de amigo ou de inimigo. Nesse sentido, SCHMITT, Carl. **O conceito de político**, p. 24.

que se observam preenchidas as condições para um Estado totalitário, em que nada pode ser excluído da apreciação política e em que só é possível decidir mediante um Estado de exceção.

Isto encontra justificativa no fato de poder político é capaz de tomar decisões apenas ao condensar os diversos *status* individuais em simples *status*, o que sob uma referência democrática, no entanto, pressupõe um consenso mínimo, exigindo uma imensa quantidade de poder e também demandando tempo[9]. Assim, levando em conta que a própria democracia restringe a governabilidade em curtos períodos de tempo, o governo tem de munir o Estado com entraves burocráticos ou jurídicos para não ter que tomar decisões, sobretudo quando estão envolvidas medidas impopulares para se obter benefícios ao longo prazo.

Nesse tipo de Estado a política só é capaz de operar quando elege um inimigo externo, capaz de criar consenso[10]. Todavia, um inimigo político não é esteticamente belo ou feio, não é moralmente bom ou mau, não é economicamente útil ou inútil e nem mesmo é amigo ou inimigo em um sentido afetivo[11]. O inimigo se dá exclusivamente no sentido de *hostis* e não propriamente de *inimicus*, tomando estritamente o sentido de um inimigo externo que coloca em risco a própria existência da comunidade[12].

A eleição do inimigo se dá, portanto, única e exclusivamente através das comunicações políticas, o que para Schmitt se traduz na tradição ou cultura da comunidade, com o único fim de criar uma unidade nacional para orientar o processo político. Desse modo, lograr-se-ia evitar a não decisão do parlamento, que efetivamente só pode ser resolvida por outros meios, como a corrupção, levando em conta que o dinheiro é um meio generalizado o suficiente para atender a diversos interesses e gerar consenso através da negociação de cargos e vantagens estatais[13].

A política, então, encontraria seu fundamento na ameaça constante de guerra contra o inimigo, não sendo mais necessária em um mundo absolutamente pacífico[14]. Nesse sentido, a política continuaria a existir mesmo com o fim dos Estados nacionais, uma vez que o código

---

[9] LUHMANN, Niklas. **Teoria política del Estado de Bienestar**, p. 58.
[10] SCHMITT, Carl. **O conceito de político**, p. 24.
[11] SCHMITT, Carl. **O conceito de político**, p. 28-29.
[12] Mesmo o latim, para Schmitt, não é capaz de expressar bem esse sentido desde o advento da República em Roma, quando o conceito de hostis se desvirtuou em *inimicus*, de modo a tornar o inimigo simplesmente o não amigo, diminuindo o potencial de sentido da diferenciação original. Nesse sentido, as línguas anglo-saxônicas também expressariam mal a distinção ao utilizar a oposição *friend/fiend* ou *foe*, no inglês, e *freund/feind*, no alemão, que tem uma formação etimológica que reincide no problema latino, devendo-se, portanto, utilizar *enemy* no inglês, que importa maior conotação negativa para uma melhor compreensão do sentido do que é um inimigo político. SCHMITT, Carl. **O conceito de político**, p. 112-113.
[13] SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 158.
[14] SCHMITT, Carl. **O conceito de político**, p. 34.

amigo/inimigo poderia ser aplicado internamente, criando a ameaça de uma guerra civil[15]. Igualmente, se um Estado é invadido por seu inimigo, a política não deixa de existir, já que ela pode apenas se descentralizar das instituições comuns e passar a ser exercida por meio de guerrilhas e esforços de *partisans*, que resistem ao que ainda é reconhecido como um inimigo externo[16]. Logo, somente a paz consegue fazer a política deixar de ter sentido.

A guerra é, portanto, "*a negação ôntica de outro ser*"[17], o extremo da diferenciação política, ou ainda mais que isso, a guerra é a incapacidade completa de lidar com o outro sem romper com si mesmo[18]. Schmitt, entretanto, demonstra preocupação em não aproximar seu discurso de um simples entusiasta de conflitos, sustentando de forma pragmática que o funcionamento político não exige que a guerra se torne algo quotidiano e muito menos desejável, porém, é necessário que ela seja uma ameaça constante.

Entretanto, em um contexto democrático, diferentemente do que se observaria outros períodos, como no próprio Estado liberal burguês, em que a política se identifica com uma única classe, não é mais possível distinguir a identidade social através da divisão em estratos ou do pertencimento a um segmento, mas apenas através da cultura, que se reflete na distinção política amigo/inimigo[19]. Então, há duas opções: surge um legítimo representante da unidade nacional, que decide sob a exceção, ou a política se corrompe mediante outros sentidos, como o econômico, por exemplo.

A consistência do pensamento de Schmitt no *Conceito de Político* se demonstra ainda em um aspecto final da diferenciação, em que afirma não ser possível uma diferenciação pura do amigo/inimigo, já que esta não contém razão em si própria e terá de recorrer a outros sentidos para se fundamentar, ou sob uma visão sistêmica, terá de se suplementar em outros sistemas para legitimar seu discurso, uma vez que nenhum sistema axiomático consistente pode ser também completo[20]. No entanto, é importante que se mantenha diferenciada mediante sua distinção fundamental, como único modo de não corromper sua funcionalidade.

---

[15] SCHMITT, Carl. **O conceito de político**, p. 34.

[16] Schmitt cita o exemplo russo durante a invasão napoleônica, em que a Guerra não foi vencida pelo exército regular, mas sim pelos *partisans*, que destruíam provimentos e envenenavam a água durante a ocupação dos franceses. A resistência ao inimigo externo permitiu que mujiques incultos derrotassem um gênio militar, o que se transformou em mito político russo para a propaganda Stalinista e para o imaginário geral através do clássico *Guerra e Paz* de Liev Tolstói. Outro exemplo de Schmitt, agora se voltando para a América Latina, é o da guerrilha de Fidel Castro e Ernesto Guevara contra o inimigo externo que impedia a realização política do povo cubano. SCHMITT, Carl. **O conceito de político**: Teoria do Partisan, p. 159-164.

[17] SCHMITT, Carl. **O conceito de político**: Teoria do Partisan, p. 35.

[18] SCHMITT, Carl. **O conceito de político**: Teoria do Partisan, p. 68.

[19] SCHMITT, Carl. **O conceito de político**: Teoria do Partisan, p. 35.

[20] LUHMANN, Niklas**. La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Darío Rodriguez Mansilla, Marco Ornelas e Rafael Mesas Iturbide. Cidade do México: Herder, 2006. p. 245-250.

Alguns autores enxergam nesse ponto uma relativização da diferenciação amigo/inimigo com base em uma noção de intensidade da oposição que caracteriza um inimigo, negando uma maior coerência ao pensamento de Schmitt sob um ponto de vista lógico formal[21]. Contudo, em nenhum momento Schmitt abandona uma distinção polarizada, que claramente não permite a existência de qualquer terceiro excluído a não ser que ele seja incluído pela própria distinção em uma operação de reentrada da forma em si mesma, logo, não procede a referida crítica.

3 DESPOLITIZAÇÃO: A ERA DAS NEUTRALIZAÇÕES COMO *PATHOS* SOCIAL

Em sua visão eurocêntrica, Schmitt estabelece algumas causalidades por meio de uma linha temporal em que o século XVI fora o século da teologia; o XVII, o século da metafísica; o XVIII, o século da razão-moral; e o século XIX, como o da economia. No entanto, Schmitt não via uma referência para o século em que viveu, apontando o fato de que como a Europa que se reconstruía após a Primeira Guerra, desejava apenas estabilidade, recorrendo a um culto à tecnologia e à técnica em um esforço secular que deifica um lento, porém seguro, progresso[22].

A técnica, então, serviria para legitimar qualquer sentido ao propiciar que algo completamente novo se apresente como mais do mesmo, isto é, como algo dentro dos padrões; a tecnologia, por outro lado, seria capaz de suprimir as distâncias, tornando Munique mais próxima de Nova York do que do interior da Alemanha, dificultando uma unidade cultural e a diferenciação de Estados nacionais ao nível global[23]. Somando esses dois fatores, a política não encontra condições para se autodeterminar.

Isto significa que na sociedade moderna não existe uma única classe que se identifique com a política, nem uma referência comum a toda sociedade, papel que fora exercido pela religião católica na Europa medieval. Nesse sentido, se uma igreja exige que um indivíduo não frequente um sindicato e o sindicato, por sua vez, exige que um indivíduo não frequente a igreja, é possível, mesmo assim, que esse indivíduo frequente ambos os locais

---

[21] Nesse sentido, cf. ARDITI, Benjamin. Sobre "o político": com Schmitt e apesar de Schmitt. Salvador: **Caderno CRH**, v. 21, n. 54, set./dez. 2008. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-49792008000300002&script=sci_arttext>.

[22] SCHMITT, Carl. **O conceito de político**: Teoria do Partisan, p. 88.

[23] SCHMITT, Carl. **O conceito de político**: Teoria do Partisan, p. 90.

rotineiramente[24], ou seja, não há um meio com capacidade para determinar sentidos hegemonicamente.

Para Schmitt, a distinção amigo/inimigo corresponde a tradição política da comunidade, ou seja, de como a política se autodescreve enquanto cultura política[25]. Então, se uma comunidade é religiosa, ela é capaz de legitimar quem é amigo/inimigo através de temas religiosos, possibilitando a unidade política. Por outro lado, quando não existe mais um único centro dominante, o inimigo deixa de ser um inimigo histórico para ser um inimigo contingente, um "bode expiatório" para se obter legitimidade política[26].

Sob uma ótica sistêmica, o que Schmitt aponta como problema é uma diferenciação funcional na sociedade, o que de modo simples significa apenas que um sistema não é capaz de determinar os sentidos de outro, uma vez que não observa uma relação hierárquica entre eles[27]. Todavia, Schmitt se posiciona negativamente sobre essa fragmentação do Estado sob a justificativa de que a ausência de um centro para determinar os sentidos políticos apenas permite que a política saia de controle[28].

Nesse sentido, quando a política passa a determinar sentidos anteriormente vistos como apolíticos, isto é, quando a distinção amigo/inimigo passa a encontrar equivalentes funcionais em outros sistemas, a ameaça de guerra passa a originar ideologias, ou seja, o enfrentamento do inimigo não se restringe mais a um contexto político, de relações entre chefes de Estado, se estendendo para todos os âmbitos sociais[29].

Para Schmitt, isto é problemático porque a guerra exige meramente o enfrentamento de exércitos regulares até que se consiga repelir o inimigo, em uma visão é claramente inspirada na política de Roma, em que o inimigo repelido caía no ostracismo, sendo obrigado a se retirar do cenário político, mesmo que continuasse existindo do mesmo modo[30]. Em completa diferença, a guerra ideológica se converte em guerra facilmente em guerra total, rompendo com a distinção civil/militar.

O extermínio do inimigo passa a ser, então, uma consequência de uma orientação democrática, já que a própria noção de guerra passa a ser algo detestável, e o inimigo político, antes honrado, de modo análogo ao adversário em um duelo, agora passa a ser hediondo, uma condicional que torna impossível a paz.

---

[24] SCHMITT, Carl. **O conceito de político**: Teoria do Partisan, p. 44-45.
[25] SCHMITT, Carl. **O conceito de político**: Teoria do Partisan, p. 51-52.
[26] SCHMITT, Carl. **O conceito de político**: Teoria do Partisan, p. 50
[27] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**, p. 440.
[28] SCHMITT, Carl. **O conceito de político**: Teoria do Partisan, p. 47-48.
[29] SCHMITT, Carl. **O conceito de político**: Teoria do Partisan, p. 75-80.
[30] SCHMITT, Carl. **O conceito de político**: Teoria do Partisan, p. 49.

Porém, o que se observa é uma lógica falaciosa, que deriva de um maniqueísmo ingênuo, já que se todos os pacifistas dos Estados democráticos se juntassem para combater os não pacifistas, resultando em uma última guerra pelo fim de todas as guerras, essa decisão não seria neutra, mas sim política, capaz unicamente de realimentar o ciclo; o problema residiria justamente no fato de que qualquer guerra última da humanidade há de ser a penúltima, pois mesmo com completo extermínio do inimigo, a distinção é sempre passível de ser atualizada[31].

Outro problema causado pela referência democrática seria a ampla autonomia para se determinar o inimigo, como consequência, a guerra passa a depender de um mero jogo de palavras na interpretação constitucional. Assim, se a ordem jurídica define um certo valor como princípio constitucional da comunidade, o que se logra estabelecer mediante argumentação como contrário a este valor é automaticamente uma possibilidade de inimigo.

A conjunção desses fatores, todavia, é paradoxalmente a despolitização. Como a política não se diferencia de outros sistemas, sua razão se torna uma espécie de razão universal, que se condensa diante da ausência de limites claros, criando uma ilusão de neutralidade. Logo, mesmo constituição sendo uma criação política que se orienta por programas políticos, passa a ser vista como um conjunto de princípios neutros, comuns a toda humanidade ou a toda a sociedade.

Assim, quando o código amigo/inimigo se faz presente indistintamente em diversas esferas sociais, torna-se possível contrapor, por exemplo, sob uma referência liberal: a economia ao Estado interveniente; o direito neutro à política moralista; a razão à violência; e o progresso à reação, como se estas não fossem distinções políticas sobre o que é ou não político[32]. Logo, a política despolitizada, que utiliza os adjetivos racional, legal, técnico e progressista para sustentar sua suposta neutralidade, permite, em última instância, que se aproprie até mesmo do sentido da humanidade.

Assim, se o inimigo político se aproxima do inimigo total e passa a ser inimigo jurídico, ele se torna *hors de la loi*, ou seja, deixa de ser sujeito de direitos, e por fim o torna *hors de l'humanité*, sendo-lhe retirada sua própria humanidade[33]. Logo, tudo aquilo que se identifica como o outro político, é automaticamente proscrito, exterminado por sua contrariedade a uma idiossincrasia social e, em última razão, porque é contrário à paz. Schmitt comenta essa sua colocação com uma analogia aos índios canibais, que por comerem carne

[31] SCHMITT, Carl. **O conceito de político**: Teoria do Partisan, p. 39.
[32] SCHMITT, Carl. **O conceito de político**: Teoria do Partisan, p. 81.
[33] SCHMITT, Carl. **O conceito de político**: Teoria do Partisan, p. 59.

humana, algo que os tornaria inaptos a pertencerem a humanidade, foram exterminados pelos conquistadores europeus como em um abate de animais[34].

Observe-se, nesse sentido, que lhes foi destituída a própria qualidade humana por se encontrar um equivalente da distinção amigo/inimigo na diferença entre selvagem/civilizado, cuja unidade simboliza a identidade social do período. A humanidade, no entanto, não pode possuir qualquer inimigo – ao menos nesse planeta – já que não é uma unidade[35]. Uma guerra em prol da humanidade, que nega qualquer pretensão de poder, já é por si só uma pretensão de poder, ou seja, uma distinção política. O problema dessa justificativa seria justamente que coloca do outro lado da forma o não-humano.

Todas as guerras em prol da humanidade são guerras pretensamente apolíticas e cada uma delas é a última guerra de humanidade. Esse tipo de guerra é a única capaz de criar o *homo sacer*, que se encontra fora da humanidade, sendo aquele que por não se aplicar a lei a lei igualmente não se aplica a ele[36]. Ele deixa de ser inimigo para ser uma ameaça à paz, um fora da lei[37].

Os conflitos no sudoeste asiático se observariam justamente nesse sentido, em que países não alinhados aos valores autoproclamados da humanidade são bombardeados e logo em seguida a sua população recebe suprimentos dos mesmos países ou grupo de países que o atacaram. O inimigo no caso é simbólico, não se identifica com as pessoas, ainda que se implique "colateralmente" em sua morte física[38].

O que Schmitt sugere, portanto, é a compreensão da política de um ponto de vista funcional, externo a referência democrática. Nesse sentido, evitar-se-iam neutralizações como é a própria noção de guerra justa, que novamente não é uma pretensão jurídica e sim política, assim como a maioria dos atos do direito internacional[39].

---

[34] SCHMITT, Carl. **O conceito de político**: Teoria do Partisan, p. 59.
[35] SCHMITT, Carl. **O conceito de político**: Teoria do Partisan, p. 58.
[36] AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: Sovereign and Bare Life**. Tradução de Daniel Heller-Roazen. Stanford: Stanford University Press. 1998. p. 53.
[37] SCHMITT, Carl. **O conceito de político**: Teoria do Partisan, p. 85.
[38] ZIZEK, Slavoj**. Bem-vindo ao deserto do real!**. Tradução de Paulo Cezar Castanheiras. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 50-55.
[39] Um Estado não se orienta pelo código direito/não direito para assinar um tratado, se orienta pela política, logo, importam mais suas reservas, que estabelecem o que se está disposto a fazer.

4 POLÍTICA E PAZ

Para Schmitt, o objetivo da política é paradoxalmente a paz, já que ela é a sua extinção, uma vez que pressupõe a impossibilidade de se distinguir entre amigo e inimigo[40]. Aplicando-se uma terminologia luhmanniana, poder-se-ia pensar na paz enquanto fórmula de contingência[41] da política, já que ela funciona como uma referência cujo outro lado é aberto: o que se opõe a paz? O terrorismo? O fundamentalismo religioso? A identidade nacional? Todas essas respostas são válidas e podem servir para que se identifique os inimigos políticos. Analogamente, a paz seria um equivalente funcional ao papel que a justiça exercer no direito, assim como a democracia na política é o que a igualdade é para o direito, uma fórmula auxiliar para distribuição conforme os valores semânticos, que se dissolvidos, implicariam na dissolução do sistema correspondente.

Nesse sentido, Schmitt não vê a paz como algo negativo, todavia, não observa essa possibilidade a nível mundial em uma realidade próxima. A política, portanto, é um meio de estabilização social, de manutenção da paz diante da constante ameaça de guerra[42]. É por esse motivo que o autor sustenta em seguida que contrariamente ao que seria comum pensar, a paz se aproxima muito mais de uma guerra vitoriosa do que de um consenso humanitário, sem pretensões de poder[43].

Para Schmitt, o consenso é um ato de poder. Em um ponto comum, a perspectiva de Luhmann não vê o consenso como concordância mútua, mas sim como dúvida vencida. Além disso, a presunção de um consenso racional exigiria que a distinção racional/irracional fosse completa, ou seja, que fosse possível a dedução de valores de verdade a partir de si mesma, em uma hipótese em que a decisão pelo que é racional não importasse em decisão. Basta pensar, nesse sentido, que a razão é um processo que visa consistência, caminhando por um esquema em que se interpenetram interpretação/argumentação/decisão, em que cada operação é seletiva e a cada seleção, uma pretensão de poder, isto é, um valor que poder-se-ia dizer "arbitrário".

Por esse motivo, somente poderá existir a paz quando se suprimirem todas diferenças que potencialmente se sujeitem ao código amigo/inimigo, ou seja, quando se verificar uma

---

[40] SCHMITT, Carl. **O conceito de político**: Teoria do Partisan, p. 37-38.

[41] Colocando de maneira simples, é a simbolização de um ideal, uma referência que intencionalmente não é completa, não possui outro lado, permitindo que seu sentido permaneça sempre contingente.

[42] SCHMITT, Carl. **O conceito de político**: Teoria do Partisan, p. 37-38.

[43] Curiosamente, Schmitt toma esse conceito de Erich Kaufmann, seu inimigo pessoal, que teorizou a impossibilidade de uma sociedade mundial baseada na razão humana e próxima ao ideal de guerra total vitoriosa como parte de uma crítica ao pensamento neokantiano.

hegemonia política global capaz eliminar toda a diversidade de temas que possam ser comunicados politicamente.

Logo, a vitória da humanidade sobre as distinções politicamente exigiria um poder capaz de suprimir todas as dúvidas para impor violentamente uma verdade única, que fosse capaz de negar a própria possibilidade interpretações periféricas contrárias ao sentido "legítimo", que é aquele que simplesmente reproduz a lógica das estruturas e autodescrições da política vigente[44]. Essa violência, no entanto, não se restringiria ao âmbito econômico, logo, não haveria a simples sujeição de uma classe a outra como se poderia aduzir em uma leitura marxista, mas uma sujeição de toda diversidade, o que implicaria antes em um cenário de alienação completa em todos os âmbitos, em que não há oposição, do que em algum tipo de dominação autoritária[45].

É importante destacar que Schmitt não defende a manutenção da diversidade por uma questão de defesa de ideais da democracia ou por uma maior inclusão no sentido contemporâneo. As inspirações de Schmitt são outras, especificamente a oposição nacionalista a criação do sentido liberal de humanidade. Ainda nesse sentido, é justamente esse pensamento que permite Schmitt defender em certos pontos uma democracia majoritária radical, em que os votos vencidos tacitamente passam a comungar com os vencedores para formar uma unidade.

A política só conseguira funcionar mediante a formação de identidades nacionais, evitando a necessidade de formação de maiorias ou consenso, que proporcionariam a criação de grupos oligárquicos que utilizariam do Estado apenas para atender aos próprios interesses[46].

Isso significa que a política deve se manter autônoma, sem ter de se fingir apolítica para que se possa defender qualquer valor cultural sem enfrentar discursos de relativização temporal.

Destarte, o cerne da oposição de Schmitt a uma referência democrática está na presunção de que a política seja racional, isto é, de que possa deixar de ser uma questão de poder para se tornar uma questão de verdade. Nesse ponto, poder-se-ia opor a Schmitt a mesma crítica que Habermas direciona à Luhmann, no sentido que se utiliza a razão para observar e superar os paradoxos da razão, reduzindo todas as possibilidades de sentido aos

---

[44] BORDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 9-10.

[45] SCHMITT, Carl. **O conceito de político**: Teoria do Partisan, p. 80.

[46] Do mesmo modo, Schmitt se opõe a uma democracia parlamentar porque ela permite uma forte oposição, que prefere não deixar a situação governar do que aceitar a própria função de dar voz aos excluídos pela maioria política, portanto, o único meio de uma oposição política saudável seria a desobediência civil. Nesse sentido, SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**, p. 212.

sistemas sociais, ao mesmo tempo que se nega razão fora dos sistemas, em uma espécie de contradição performativa. Em síntese, a acusação é de que Luhmann coisifica o sujeito, quer dizer, retira-lhe a capacidade de ser-no-mundo e lhe relega aos horizontes produzidos por si mesmo[47].

Na realidade, esse aparente paradoxo entre ontologia e crítica, que desembocaria em uma pragmática-transcendental, como se observa em uma razão comunicativa, se desdobraria, sob uma perspectiva Schmittiana, em uma decisão política. Nesse sentido, qualquer teoria política pressupõe uma decisão sobre a bondade ou maldade do homem, decidindo-se pela segunda opção, Schmitt traduz politicamente essa decisão para o homem é inimigo do homem.

Não se trata, no entanto, de uma questão ontológica, o homem não seria essencialmente ou naturalmente bom ou mau, mas apenas um ser movido pela vontade, que por entraria em conflitos desacordos. Essa capacidade desejante ou vontade de potência é o que levaria o homem a agir, inclusive de maneiras moralmente ruins; o "bom selvagem", portanto, seria um mito que atende a todos pensadores utópicos[48]. Isso significa que as estruturas sociais e a existência de uma razão sistêmica são condições de possibilidade para um maior número de consensos, isto é, uma maior capacidade do outro se apresentar enquanto não diferente de si, enquanto amigo. Logo, defender a extinção da autonomia política é correr um enorme risco de que as coisas de resolvam com base na violência, antes que se resolvam pelo melhor argumento.

Isso posto, caso se abdicasse do político, dessas prisões de sentido em troca do acesso ao "mundo da vida", pode ser que não se obtivesse resultados muito positivos; poder-se-ia dizer, nesse sentido, sem a ficção amorosa, no mínimo se dificultaria as relações de intimidade; sem afeto, as amizades se reduziriam a seleção de virtudes desejáveis em um indivíduo; e por fim, sem o direito, a convivência com o outro seria insuportável pela impossibilidade de nutrir expectativas simples.

Logo, o que Schmitt aponta como mal do século é o "reino de Caliban"[49], a proibição da vontade que transforma o homem político em *berüfsmensch*[50], que falaciosamente opera

---

[47] HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 500-504.

[48] Nesse sentido, cf. NIETZSCHE, Friedrich. **Além do bem e do mal**. Tradução de Márcio Pugliesi. Curitiba: Hemus, 2001. p. 27-29.

[49] O escravo disforme e sem personalidade da *Tempestade* de Shakespeare.

[50] O termo não é de Schmitt, foi tomado de Weber na *Ética protestante e o espírito do capitalismo*.

enquanto distinção do *übermensch* de Nietzsche[51]. O "homem burocrático" é nulo comunicativamente, distingue informações e descreve diferenças que não fazem diferença, é um observador que não dá sentido ao mundo.

5 CONCLUSÕES

Schmitt não se sujeita devidamente a alcunha de conservador ou autoritário, parecendo mais adequado classificá-lo como um antiliberal ou tradicionalista. Do mesmo modo, são estas as características que também se encontram nos autores que lhe servem de referência, o que faz com que seu pensamento se insira de modo mais amplo como crítica da modernidade.

Destarte, se torna uma espécie de transtorno revisitar suas teorias hoje, já que Schmitt representa a história derrotada, as referências periféricas da política e do direito, contudo, sua capacidade de observar criticamente o próprio tempo e apontar as dificuldades presentes até os diais de hoje é algo que torna sua obra um ponto de referência para se observar uma série de eventos correntes sob uma ótica ainda pouco explorada.

O que torna interessante *O conceito de político* é que toda a obra se desenvolve em torno do surgimento de uma tecnocracia; do desinteresse pela política e sua corrupção – no sentido de Luhmann –, além da interdição – no sentido de Foucault – do "político". Quer dizer, todos esses problemas decorrem da própria evolução sistêmica, são criados pela comunicação para si mesma, de modo que o pensamento de Schmitt serve não como algo que já foi e não pode mais ser, mas sim algo completamente voltado para o presente e presente-futuro.

O primeiro esforço de Schmitt que se procurou abordar nesse sentido foi sobre como o código amigo/inimigo pode servir para observar uma série de desdobramentos normalmente despercebidos de se adota a referência democrática como um *a priori* do político. Em um segundo momento, procurou-se explorar a argumentação de Schmitt contra qualquer tipo de neutralização ou apolitização, demonstrando a importância da autonomia política. Em um momento final, procurou-se dar vazão ao potencial teórico da distinção amigo/inimigo, desde a adequabilidade da referência democrática para a política até questões de teoria do conhecimento.

Nesse último ponto foi possível explorar o conceito de "homem burocrático", que permeia desde Weber uma série de obras que tem por tema a relação sociedade/indivíduo e

[51] NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falava Zaratustra**: Um livro para todos e para ninguém. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala. p.251-252.

que tendem a concluir por uma soma supera a simples junção de partes. Mais que isso, a noção do *berüfsmensch* também dá margem a perspectivas literárias, capazes de questionar mesmo os valores que se apresentam como não valores, ao modo como Aldous Huxley faz no clássico *Admirável Mundo Novo*. Analogamente, nesse sentido, o selvagem da fantasia é o homem que é capaz de observar o mundo e estabelecer uma identidade, de modo que não suporta a indiferença dos demais indivíduos da sociedade que entre em contato.

Uma última contribuição tomada de Schmitt é justamente nesse sentido de crítica a modernidade, principalmente no que se refere a mentalidade liberal e seus paradoxos que acabam se desdobrando em ideologias totalizantes. Intentou-se, contudo, aproximar seu raciocínio crítico de modo mais próximo das concepções contemporâneas, inclusive de modo a enfrentar as críticas recebidas por estas.

Assim, em uma síntese final do pensamento Schmittiano, torna-se possível observar que o código amigo/inimigo da política conduz a uma polaridade que inicialmente pareceria absurda: todos esforços para uma ordem política mundial, até mesmo através de organizações como a ONU são esforços de império, que levam a supressão de diferenças; de outra banda, toda afirmação de identidade pressupõe a diferença, de modo que uma vocação nacionalista está muito mais próxima de uma sociedade sob o referencial democrático do que uma sociedade globalizada e liberal, que atende a esses interesses perante o senso comum.

THE OTHER SIDE OF DEMOCRACY AND HUMANITY SEMANTICS:

Revisiting Carl Schimitt's work

ABSTRACT

Carl Schmitt has aroused some interest in many recent researchs, wich have found in the author a solid speech, despite his doubtfull personality, often put in check due to his involvment with nazism. However, what allows a certain fascination when revisiting Schmnitt's thought is that although it can be inserted into a critical paradigm, his vision is absolutely alternative to the widely disseminated Marxist approaches, in a way that is possible to observe in his work a unique way to oppose a series of current references. One of its main notions, which is the object of this article, is the political distinction between friend and foe, whose recognition values have changed dramatically with the rise of human rights semantics, causing severe consequences in society. The purpose is thus to explore Schmitt's thought to identify and describe a dark side of humanistic views, normally excluded from the observation spectrum, highlighting its potential negative consequences, particularly in what it affects diversity. To reach that goals, it will be used the systemic perspective of Niklas Luhmann as reference.

Key-words: Politcs. Democracy. Human Rights. Carl Schmitt. Luhmann. Diversity. Enemy.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: Sovereign and Bare Life**. Tradução de Daniel Heller-Roazen. Stanford: Staford University Press. 1998. 110p.

ARDITI, Benjamin. Sobre "o político": com Schmitt e apesar de Schmitt. Salvador: **Caderno CRH**, v. 21, n. 54, set./dez. 2008. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-49792008000300002&script=sci_arttext>.

BORDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. 313p.

GRAMSCI, Antonio. **Maquiavel, a política e o Estado moderno**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1978.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes. 2000. 540p.

LUHMANN, Niklas. **Die politik der gesellschaft**. 1. ed. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 2002. 445p.

LUHMANN, Niklas. **Teoria política del Estado de Bienestar**. Tradução de Fernando Vallespin. Madrid: Allianz Universidad, 1993. 170p.

LUHMANN, Niklas**. La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Darío Rodriguez Mansilla, Marco Ornelas e Rafael Mesas Iturbide. Cidade do México: Herder, 2006. 1024p.

NIETZSCHE, Friedrich. **Além do bem e do mal**. Tradução de Márcio Pugliesi. Curitiba: Hemus, 2001. 230p.

NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falava Zaratustra**: Um livro para todos e para ninguém. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala. 288p. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal I

SCHMITT, Carl. **O conceito de político**: Teoria do Partisan. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 243p.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 234p. (Coleção Del Rey Internacional v. 9)

ZIZEK, Slavoj**. Bem-vindo ao deserto do real!**. Tradução de Paulo Cezar Castanheiras. São Paulo: Boitempo, 2011. 211p.

A VEDAÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS* SOB O ASPECTO DA TRANSLATIVIDADE DO RECURSO, DO REEXAME NECESSÁRIO E NO ÂMBITO DAS AÇÕES COLETIVAS

LA SEAL OF REFORM IN PEJUS, SECONDO L'ESECUZIONE DELLA TRANSPETTIVITA 'DEL PUNTO, DELLA REVISIONE NECESSITA E NELLA SCADENZA DELLE AZIONI COLLETTIVE

Carolina Rodrigues Ferreira Seguso[1]

Prof. Dr. Paulo Eduardo Vieira de Oliveira[2]

[1] Advogada especialista em Direito Tributário. Pós Graduada em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Aluna do Programa de Pós-Graduação *Stricto Senso* (mestrado) da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). E-mail: carolinarodriguesf@gmail.com.

[2] Graduou-se em Direito pela Universidade Estadual de Londrina em 1994. Desenvolveu estudos de especialização em docência do Ensino Superior na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. É mestre em direito das relações sociais pela UFPR em 2001 e doutor em direito do Estado pela UFPR em 2006. É pesquisador e professor do Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas, o qual coordenou entre 2010 e 2013. É professor adjunto nível AD-C do departamento de direito público da Universidade Estadual de Londrina. Suas atividades de pesquisador envolvem História do Estado de Direito e do Direito Público, História do Constitucionalismo, bem como variantes epistemológicas da crítica da sociedade e do direito modernos. Londrina/PR - Rua Paes Leme, 459 Apto 303 - CEP 86010610 - E-mail - ehlfigueiredo@yahoo.com.br

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A proibição da *reformatio in pejus*; 3 Efeito devolutivo do recurso; 4 Efeito translativo do recurso; 5 *Reformatio in pejus* e o reexame necessário; 6 *Reformatio in pejus* nas Ações Coletivas; 7 Conclusões; Referências.

RESUMO: Este artigo procura abordar a origem do princípio da vedação da *reformatio in pejus*, que se deu com a aplicação sistemática do efeito devolutivo, bem como suas peculiaridades. Dentre estas singularidades, tem-se o questionamento sobre a violação do princípio em casos de análise de ofício, pelo tribunal, de questões de ordem pública, cujo julgamento piora a situação do recorrente; a análise de situações de reforma da sentença, pelo órgão recursal, quando decorrente do reexame necessário; além da verificação do princípio da *reformatio in pejus* sob o aspecto da tutela coletiva. O artigo busca responder estes questionamentos e, para tanto, será adotado o método analítico, utilizando-se da técnica bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: *reformatio in pejus*. vedação. recursos. efeito translativo. ordem pública. reexame necessário. tutela coletiva.

SOMMARIO: Questo articolo cerca di affrontare l'origine del principio del divieto di reformatio in pejus, che si è verificato con l'applicazione sistematica dell'effetto devolutive, nonché le sue peculiarità. Tra queste peculiarità è l'interrogatorio della violazione del principio nei casi di giudizio giuridico giudiziale di questioni di ordine pubblico, il cui giudizio peggiora la situazione della ricorrente; L'analisi delle situazioni di riforma della sentenza, da parte dell'organo di ricorso, quando risultano dalla necessaria revisione; Oltre alla verifica del principio di reformatio in pejus sotto l'aspetto della tutela collettiva. L'articolo cerca di rispondere a queste domande e, per questo, verrà adottato il metodo analitico, utilizzando la tecnica bibliografica.

PAROLE CHIAVE: reformatio in pejus. sigillare. risorse. Effetto traduttivo. Ordine pubblico Recensione necessaria. Guardia collettiva.

1 INTRODUÇÃO

A priori, cumpre ressaltar que a *reformatio in pejus* se caracteriza quando o órgão recursal,

no julgamento de um recurso, profere decisão mais desfavorável ao recorrente, do que aquela contra a qual se interpôs o recurso[2]. Contudo, o princípio da vedação da *reformatio in pejus* não está previsto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual é importante entender a origem do surgimento do princípio em referência.

Esta investigação, entretanto, abrangerá não apenas a explicação e a origem da *reformatio in pejus*, que se deu com a aplicação sistêmica do efeito devolutivo do recurso, como, também, algumas das suas peculiaridades.

Naturalmente, a abordagem das singularidades que envolvem o assunto demonstra a existência de divergências entre as perspectivas teóricas. De toda forma, o que se pretende é verificar que, a despeito da importância do princípio da vedação da *reformatio in pejus*, a sua interpretação literal e pode ensejar, até mesmo, a procrastinação das decisões jurídicas, o que será vastamente demonstrado nesta pesquisa.

Para tanto, far-se-á importante enfrentar algumas questões. Uma delas trata-se da análise dos efeitos do recurso, com destaque, para os efeitos devolutivo e translativo.

Sendo assim, o primeiro passo é abordar alguns aspectos do efeito devolutivo, quais sejam, analisa-lo sob o aspecto da profundidade e da sua extensão.

Ato contínuo, outra abordagem que se faz de suma importância para verificar uma das particularidades do tema em questão é entender que o efeito translativo identifica-se como a profundidade do próprio efeito devolutivo. Em outras palavras, em casos que o tribunal puder analisar uma questão que não esteja nos meandros impostos no recurso, mais precisamente as questões de ordem pública, estar-se-á diante da manifestação deste efeito.

Neste sentido, quando da reforma do recurso pelo tribunal, em função da incidência de questão de ordem pública que resulte na piora da situação do recorrente, necessário se faz discorrer se a referida situação enseja propriamente na violação do princípio da *reformatio in pejus* ou decorre da própria translatividade do recurso.

No que se segue, outro ponto relevante e que será explicitado, trata-se do reexame necessário sob o viés da *reformatio in pejus*.

Esta investigação enfrentará a questão da natureza jurídica do reexame necessário e se o órgão recursal ad quem, ao piorar a situação do órgão estatal, quando da análise do conhecimento do reexame necessário, estará impingindo o princípio da vedação da *reformatio in pejus*.

Ainda no âmbito da *reformatio in pejus*, será abordada a aplicabilidade do princípio em

[2] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil de 1973.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 432-433.

referência sob o aspecto da tutela coletiva. Para tanto, o enfoque será dado na divergência da possibilidade de aplicação subsidiária do reexame necessário, previsto no CPC, para os procedimentos especiais das tutelas coletivas.

Dessa forma, para serem alcançados os resultados pretendidos, a pesquisa adotará o método analítico, utilizando-se da técnica bibliográfica, ou seja, o trabalho será desenvolvido a partir de fontes já elaboradas, como livros, publicações periódicos, dentre outros.

2 A PROIBIÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS*

Os recursos se submetem a inúmeros princípios que orientam a aplicação das suas regras específicas, bem como ao sistema jurídico como um todo. Dentre os princípios correlacionados aos recursos, será destacado no presente trabalho o da proibição da *reformatio in pejus*.

Trata-se, pois, da vedação de que o julgamento do recurso, interposto exclusivamente por uma das partes, venha a tornar a situação do recorrente pior do que aquela existente antes da insurgência[3]. Ou seja, a interposição do recurso não pode piorar a situação da parte, proporcionando-a condição prejudicial àquela existente antes do oferecimento do recurso.

Neste diapasão, é possível verificar que o princípio em tela possui aplicação, tão somente, no segundo grau de jurisdição, já que um dos seus pressupostos é a reforma em sede recursal da decisão, não o aplicando, portanto, em primeira instância.

Além disso, outro ponto cuja ressalva se faz necessária, é que a ideia de reforma prejudicial não possui aplicação quando há recurso interposto por ambos os polos do processo, já que, por evidência, o acolhimento de um dos recursos ensejará em prejuízo para a parte contrária.

Ainda, em regra, nas situações em que a sentença for reformada apenas no que concerne a fundamentação legal, mantendo, contudo, a conclusão da decisão, também não há que se falar em *reformatio in pejus*. Oportuno alertar que nas ações coletivas a alteração da fundamentação pode sim vir a trazer prejuízos ao recorrente e ensejar na *reformatio in pejus*, o que será abordado, posteriormente.

Neste mesmo sentido, não é admitida a *reformatio in melius*, ou seja, é vedada a reforma da decisão para melhorar a situação do recorrente além do que foi solicitado, já que a outra parte estaria prejudicada com a melhora da situação para o recorrente.

---

[3] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento.** 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 514-515.

Feitas estas considerações iniciais sobre o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, é importante destacar que o mencionado princípio não está previsto explicitamente no ordenamento processual civil brasileiro, mas mantém sua vigência por força de princípio inerente ao sistema estrutural do processo de prestação jurisdicional[4].

Assim como o Código de Processo Civil atual, o de 1939 também foi omisso em relação ao princípio da vedação da *reformatio in pejus*, contudo, considerava-o lícito, em certa medida, o que não se verifica no entendimento atual[5].

Resta, pois, relevante apontar que, ante a ausência de positivação no ordenamento jurídico quer mesmo do conceito da *reformatio in pejus*, esta proibição surgiu, efetivamente, através da aplicação sistemática do efeito devolutivo do recurso.

3 EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO

Primeiramente, antes de correlacionar a questão da proibição da *reformatio in pejus* ao efeito devolutivo do recurso, vale ressaltar alguns pontos importantes sobre os efeitos do recurso, mais especificamente, o devolutivo.

Marinoni define os recursos como meios de impugnação voluntários de decisões judiciais "*... internos à relação jurídica processual em que se forma o ato judicial atacado, aptos a obter desde a anulação, a reforma ou o aprimoramento*"[6].

E, da interposição destes recursos, inúmeros são os efeitos que podem ser aplicados, seja para obstar a incidência da preclusão ou da coisa julgada sobre a decisão; para impedir que a decisão produza efeitos até o julgamento do recurso; ou para substituir a decisão recorrida.

A priori, o efeito abordado será o devolutivo, um dos mais característicos do sistema recursal, que atribui ao juízo recursal o exame da matéria analisada pelo juízo *a quo*. Em outras palavras, este efeito consiste na devolução da matéria impugnada ao órgão recursal, atribuindo-o o poder de reexaminar as decisões anteriormente exaradas, sem com que isso caracterize ofensa ao princípio do juiz natural e, por conseguinte, viole a independência da atuação jurisdicional do juiz.

---

[4] JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil.** 48.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 642.
[5] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil de 1973.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 434-435.
[6] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento.** 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 507.

Para que seja possível aprofundar a abordagem sobre o efeito devolutivo, necessário se faz analisa-lo sob a perspectiva da sua extensão e da sua profundidade.

A extensão do efeito devolutivo trata-se do fato de a interposição do recurso devolver à apreciação do tribunal somente a matéria impugnada, ou seja, a extensão é limitada pelo pedido do recorrente. Desta forma, a parte recorrente deve especificar nas razões do recurso que interpôs o pedido de nova decisão que pretende, para que o órgão recursal possa avaliar a extensão máxima que lhe é possível deliberar[7].

O artigo 515, *caput*, do Código de Processo Civil delimitou a extensão do efeito devolutivo ao estabelecer que "*A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada*".

Já no que concerne a profundidade do efeito devolutivo, possível se faz verificar que, muito embora o tribunal esteja limitado ao pedido do recorrente, quanto aos fundamentos para a análise deste pedido não há que se falar em restrição pelo órgão recursal. Nestes termos, o tribunal é livre para examinar todos os fundamentos, ainda que não tenham sido alegados pelo recorrente nas razões do recurso interposto.

Neste sentido, através do parágrafo primeiro do artigo 515 do Código de Processo Civil, é possível extrair o efeito devolutivo em profundidade, ao estabelecer que serão "... *objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro*".

É no âmbito da perspectiva da profundidade do efeito devolutivo que surgiram muitas questões controversas e que merecem ser ressaltadas.

Uma delas trata-se da discussão em torno do parágrafo 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil, cujo conteúdo assim dispõe:

> *§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.*

A priori, é importante analisar o conceito da expressão dada pelo legislador: "... *questão exclusivamente de direito*...". O sentido literal desta expressão leva a crer que a matéria recorrida refere-se, única e exclusivamente, a matéria de direito pura e simplesmente.

Contudo, relevante se apontar que, não, necessariamente, o tribunal poderá julgar desde logo, tão somente questão exclusiva de direito. Isso porque, é possível que a questão abranja,

---

[7] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento.** 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 523.

também, matéria de fato cujo aspecto fático, propriamente, tenha sido demonstrado em conjunto probatório documental; ou, embora exista a questão de fato, esta não tenha sido questionada pelas partes; ou, a matéria de fato exista, entretanto, tenha sido confessada por uma das partes.

Sendo assim, o que se faz relevante compreender do referido artigo, não é o fato de a matéria versar exclusivamente de direito, mas sim, o fato de as partes não terem mais provas a produzir, o que possibilitará o imediato julgamento do pedido que esteja *maduro para julgamento*, ou seja, que dispense a realização de provas[8]. Mesmo porque, uma questão pura e simplesmente de direito, em regra, não requer instrução comprobatória.

Ainda em relação ao referido parágrafo, outro ponto que merece ser analisado é o da previsão de que apenas nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o tribunal poderá julgar desde logo a lide. Em contrapartida à previsão, é possível verificar que o julgamento será possível, mesmo que, em primeiro grau o juiz tenha se adentrado ao mérito da questão.

Tem-se como exemplo a situação em que o juízo de primeiro grau extinguiu o processo com resolução do mérito em razão da prescrição (artigo 269 do Código de Processo Civil).

Feita esta abordagem detalhada sobre o teor do parágrafo terceiro do artigo 515 do Código de Processo Civil, importante se faz correlaciona-lo ao princípio da vedação da *reformatio in pejus*. É o caso de o juiz *a quo* extinguir o processo sem resolução do mérito e o órgão recursal entender pela não aplicabilidade do art. 267 do Código de Processo Civil e apreciar desde logo o mérito da questão, quando não for necessária instrução probatória. Por conseguinte, se o tribunal julgar pela improcedência do pleito, insurge-se no questionamento da prática da *reformatio in pejus*.

A princípio, há quem entenda pela impossibilidade do órgão recursal adentrar ao mérito, caso o juízo *a quo* não o tenha feito. Contudo, com a inserção do parágrafo terceiro no artigo *supra* mencionado, torna-se possível interpretar pela viabilidade do julgamento do mérito pelo órgão recursal.

O principal argumento em prol da análise do mérito da questão pelo tribunal é o princípio da celeridade processual. É de se constatar que a devolução do processo ao juiz de primeiro grau para análise do mérito do pleito retardará a prestação jurisdicional.

Além disso, outro argumento que merece destaque é o fato do tribunal analisar originariamente o mérito, não existindo, portanto, análise de segunda jurisdição em relação ao mérito. Tendo em vista que a *reformatio in pejus* não se caracteriza quando a questão é analisada

[8] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento.** 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 524.

originariamente ou, no primeiro grau de jurisdição, possível se faz questionar se o princípio da vedação da *reformatio in pejus* estaria sendo violado.

4 EFEITO TRANSLATIVO DO RECURSO

A despeito de, em regra, os recursos gerarem os efeitos devolutivo e suspensivo, é de extrema relevância adentrar ao efeito translativo dos recursos.

Trata-se de efeito semelhante ao devolutivo, já que também diz respeito à cognição do tribunal sobre a causa. Contudo, importante destacar que, ao contrário do efeito devolutivo, que depende de expressa manifestação da parte, o efeito translativo se realiza ainda que sem expressa manifestação do recorrente[9].

Para Nelson Nery o efeito translativo identifica-se como a profundidade do próprio efeito devolutivo, ou seja, em casos que o tribunal puder analisar uma questão que não esteja nos meandros impostos no recurso, estar-se-á diante da manifestação do efeito translativo[10].

Em outras palavras, a princípio, a extensão do recurso será determinada pelo recorrente, porém a sua profundidade não. Competirá ao tribunal, portanto, realizar a análise da profundidade do recurso como um todo, não lhe sendo imputado a obrigação de ficar adstrito àquilo que foi impugnado quando do julgamento do recurso.

Dessa forma, tendo em vista que o efeito translativo está ligado à matéria cujo conhecimento poderá ser realizado a qualquer tempo ou grau de jurisdição, ainda que sem expressa manifestação do recorrente, têm-se como exemplo destas questões, as matérias de ordem pública.

Possível se faz constatar que a autonomia do efeito translativo dos recursos dá ensejo à apreciação das matérias de ordem pública de ofício pelo tribunal, uma vez que, estas matérias não estão sujeitas à preclusão.

Têm-se como exemplo das matérias de ordem pública aquelas enumeradas no artigo 301 do Código de Processo Civil, com exceção do inciso *IX*, como a questão das condições da ação, os pressupostos processuais e os requisitos de admissibilidade.

Desta senda, uma vez demonstrado o efeito translativo do recurso e algumas de suas peculiaridades, oportuno se faz analisar este efeito sob o prisma da *reformatio in pejus* e indagar se

---

[9] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento.** 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 525-526.
[10] JUNIOR, Nelson Nery. **Teoria Geral dos Recursos**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

caracteriza uma exceção ao princípio da vedação da *reformatio in pejus* o fato de, por exemplo, o reconhecimento de matéria de ordem pública poder ocasionar a reforma, para pior, da decisão.

Não há dúvidas de que o tribunal ao proferir os julgamentos deve estar investido de certos limites, a fim de evitar as sentenças *infra*, *ultra* ou *extra petita*. Contudo, a profundidade do conhecimento, pelo tribunal, no que tange as matérias qualificadas como de ordem pública deverá ser abrangente, não devendo ser imposto ao tribunal limites na análise destas questões, cuja importância para o andamento processual é imprescindível.

A despeito da importância da apreciação aprofundada das questões levadas ao julgamento pelo órgão recursal, não se pode negar a possibilidade de o tribunal, ao apreciar questão de ordem pública, piorar a situação do recorrente. Ocorre que, por se tratar de efeito translativo, não há que se falar em violação a proibição da *reformatio in pejus*, já que o conhecimento destas matérias não se submete à preclusão.

Neste sentido, Nelson Nery aponta não ser possível visualizar a utilização do efeito devolutivo quando o tribunal, ao analisar matéria de ordem pública, piora a situação do recorrente, pois, neste caso, estar-se-ia caracterizando a violação do princípio da vedação da *reformatio in pejus*, já que, o recorrente, ao interpor o recurso, por óbvio, não tem a intenção de piorar a sucumbência que lhe foi imposta[11].

Resta, pois, importante verificar que a análise de ofício das questões de ordem pública, cujo julgamento enseja na piora da situação do recorrente, não caracteriza a utilização do efeito devolutivo do recurso. Conforme já demonstrado, se assim o fosse, o princípio da violação da *reformatio in pejus* estaria cabalmente violado.

Além disso, merece destaque outro aspecto decorrente da modificação da decisão que de alguma forma piore a situação do recorrente. Imperioso notar que a reforma da decisão, quando da verificação pelo tribunal de questão de ordem pública, poderá ensejar em prejuízo para o recorrente. Contudo, em que pese haja o prejuízo de um indivíduo ou de um grupo de particulares, maior seria o dano se fosse concretizada a inobservância da aplicabilidade do direito social de ordem pública.

Dessa forma, ao mencionar em reforma de uma decisão que venha a prejudicar o sujeito recorrente, na realidade, deve-se alcançar a ideia de que a análise dos principais pontos e a justa aplicação do direito foi predominante.

Sendo assim, é possível realizar uma leitura da *reformatio in pejus* sob outro ângulo, qual seja, que o escopo não é prejudicar o sujeito, mas sim, realizar uma reforma que incidirá de maneira

[11] JUNIOR, Nelson Nery. **Teoria Geral dos Recursos**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 484-485

positiva para a sociedade. Neste diapasão, resta-se equivocada a ideia de que a reforma da sentença tenha ensejado em prejuízo, pois o interesse coletivo deve prevalecer ao interesse privado.

Por fim, o que não se pode olvidar sobre o tema abordado é a autonomia e importância do efeito translativo. O tribunal, portanto, não deve ficar adstrito ao pedido interposto pelo recorrente quando detectada questão de ordem pública, razão pela qual o órgão recursal possui o dever de conhecer estes temas de ordem pública, ainda que não tenham sido ventilados, seja no juízo *a quo*, seja nas razões do recurso[12].

5 *REFORMATIO IN PEJUS* E O REEXAME NECESSÁRIO

Entre os recursos previstos no Código de Processo Civil de 1939 encontrava-se a denominada apelação *ex officio* ou necessária, cuja interposição era realizada pelo próprio juiz por simples declaração na própria sentença em casos de (*i*) anulação de casamento; (*ii*) separação amigável; e (*iii*) decisões contra a União, Estado ou Município[13].

O Código de Processo Civil em vigor, de 11 de janeiro de 1973, aboliu essa modalidade de recurso e criou o "duplo grau de jurisdição", aplicável às situações determinadas no artigo 475 do Código de Processo Civil. Vejamos:

> Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:
> I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;
> II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).
> § 1o Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.
> § 2o Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.
> § 3o Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

Conforme se verifica, as hipóteses elencadas nos dois incisos do *caput* do artigo 475 somente exigirão o reexame necessário pelo tribunal quando o valor da condenação exceder 60

---

[12] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento.** 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 526.
[13] JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil.** 48.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 620.

(sessenta) salários mínimos, bem como quando houver procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa acima do mesmo valor. Isto nos casos de sentenças proferidas contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público.

Ainda, também não será aplicado o reexame necessário quando a sentença for fundamentada em jurisprudência do plenário do *"...Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente*" . Evidente, portanto, que a súmula ou a jurisprudência destacada deve ser atual e não estar ultrapassada ou desatualizada.

Dessa forma, possível se faz verificar que a coisa julgada não ocorre enquanto o tribunal não confirmar a sentença proferida em primeira instância, com o esgotamento da possibilidade de interposição de recursos voluntários pelas partes.

É necessário, portanto, que o juiz *a quo* determine a subida dos autos ao tribunal, independentemente de interposição de recursos pelas partes. Ou seja, ainda que não haja interpelação de recurso, o processo deve ser apreciado pelo tribunal quando for o caso das situações contidas no artigo *supra* mencionado. Caso contrário, o presidente do tribunal deverá avocar o processo.

Uma vez realizada esta breve exposição sobre o reexame necessário e suas hipóteses, oportuno se faz discursar sobre a natureza jurídica do duplo grau de jurisdição.

Originalmente, o reexame necessário recebia a denominação de recurso de ofício ou apelação necessária, momento no qual foi dada a natureza jurídica de recurso ao reexame necessário.

Ocorre que, com a compreensão técnica das características do recurso, foi possível concluir pelo afastamento da classificação do reexame necessário como recurso.

Os recursos são meios de impugnação voluntários de decisões judiciais e se submetem a pressupostos específicos, intrínsecos e extrínsecos, dentre os quais destaca-se o cabimento, o interesse recursal, a legitimidade recursal, a tempestividade, o preparo[14].

É de se notar, portanto, que falta ao instituto do reexame necessário características fundamentais do recurso como a voluntariedade, a legitimidade, o interesse em recorrer configurado pela sucumbência e a taxatividade.

O que se vislumbra no reexame necessário, em similaridade ao recurso, é o fato de haver a reapreciação da matéria por órgão superior e a existência dos efeitos devolutivos e suspensivos.

---

[14] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento.** 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 507, 510-521.

José Carlos Moreira explica que todo recurso nasce da iniciativa de alguém interessado a impugnar uma decisão, alcançando-se nas hipóteses do artigo 475 do Código de Processo Civil o reexame, contudo, por uma via que não se identifica nem se confunde com a recursal[15].

Conforme já mencionado, o legislador do Código de Processo Civil de 1973 ao perceber que, tecnicamente, a natureza jurídica do reexame necessário não era de recurso, alterou a terminologia de apelação *ex* ofício ou apelação necessária e removeu o artigo do capítulo que tratava-se de recurso, destinando-o, no Código de Processo Civil de 1973, para a Seção "Da Coisa Julgada".

Conclui-se, pois, que a natureza jurídica do reexame necessário trata-se de uma condição de eficácia da sentença, já que, a sentença, embora válida, somente produzirá efeitos se confirmada pelo tribunal.

Neste sentido, importante se faz verificar a questão da *reformatio in pejus* sob a análise da remessa obrigatória, estabelecida no artigo 475 *supra* mencionado. Em outras palavras, o órgão recursal *ad quem* ao piorar a situação do órgão estatal, quando da análise do conhecimento do reexame necessário, estaria impingindo o princípio da vedação da *reformatio in pejus*?

Muito embora o entendimento do Superior Tribunal de Justiça tenha sido contemplado na Súmula nº 45, segundo a qual "*No reexame necessário, é defeso, ao tribunal, agravar a condenação imposta a fazenda publica*", a questão é controversa.

Nelson Nery discorda do posicionamento que a reforma da decisão, pelo tribunal, para piorar a situação do Poder Público enseja na *reformatio in pejus*. Sustenta que o problema não se encontra na verificação da reformatio, mas no alcance da translatividade operada em razão do reexame necessário. Neste sentido, salienta que a remessa obrigatória não é recurso, mas sim, condição de eficácia da sentença, razão pela qual desviar-se o raciocínio de reforma de sentença sujeita ao duplo grau obrigatório, para um exame sob o ângulo da *reformatio in pejus*, estar-se-ia cometendo um equívoco, uma vez que o instituto da *reformatio in pejus* refere-se, única e exclusivamente, aos recursos[16].

Ainda neste sentido, importante destacar que o fato de a sentença ter sido proferida contra o Poder Público faz com que a preclusão seja obstada, contudo, não apenas em relação ao órgão público, mas também, às demais partes. Deste modo, permite-se entender que toda a matéria questionada na lide deva ser transferida ao tribunal.

---

[15] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil de 1973.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 232-233.

[16] JUNIOR, Nelson Nery. **Teoria Geral dos Recursos**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 190-191.

Sendo assim, nota-se que a remessa obrigatória possui translatividade plena, competindo ao tribunal modificar a sentença naquilo que entender correto, não devendo se limitar ao reexame necessário. Oportuno ressaltar que o objetivo da remessa obrigatória deve ser atingir a segurança jurídica da sentença proferida contra a fazenda pública e não atribuir ao Judiciário o dever de tutelar a fazenda pública[17].

6 *REFORMATIO IN PEJUS* NAS AÇÕES COLETIVAS

Primeiramente, importante se faz destacar alguns aspectos da legislação brasileira no que concerne ao processo coletivo.

No âmbito infraconstitucional, vale apontar algumas das principais leis que resultaram na efetividade da defesa coletiva de direitos, dentre as quais a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) que, integrados um ao outro, possibilitaram a formação de um verdadeiro microssistema de processo coletivo, ou seja, um corpo de regras voltado para a tutela coletiva de direitos coletivos[18].

Ainda no que concerne ao microssistema das ações coletivas, ou jurisdição civil coletiva, imperioso observar que aplica-se subsidiariamente o Código de Processo Civil, por ser o diploma legal que contém as normas processuais gerais, conforme preceitua o artigo 19 da Lei de Ação Civil Pública, o artigo 90 do Código de Defesa ao Consumidor e o art. 7° da Lei da Ação Popular[19].

Tendo em vista que não há previsão legal sobre a vedação da *reformatio in pejus*, nem mesmo sobre o seu conceito, também no microssistema das ações coletivas, utiliza-se, subsidiariamente, as regras do Código de Processo Civil.

Ocorre que, conforme vastamente demonstrado, o princípio da proibição da *reformatio in pejus* também não está previsto explicitamente no ordenamento processual civil brasileiro, contudo, mantém sua vigência por força de princípio inerente ao sistema estrutural do processo de prestação jurisdicional.

---

[17] JUNIOR, Nelson Nery. **Teoria Geral dos Recursos**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 190-191.

[18] ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos.** 2.ed. São Paulo: Editora Método, 2012. p. 12.

[19] FUX, Luiz; JUNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 98.

Sendo assim, ante a ausência de positivação no ordenamento jurídico, quer mesmo do conceito da *reformatio in pejus*, esta proibição, que surgiu através da aplicação sistemática do efeito devolutivo do recurso, é aplicada de forma subsidiária, pelos mesmos fundamentos, às tutelas coletivas.

Registra-se, por oportuno, um aspecto relevante e que merece destaque. Conforme já acentuado, nas situações em que o tribunal altera, tão somente, o fundamento legal do julgamento, mantendo a conclusão, em regra, não se caracteriza a violação da *reformatio in pejus*.

Porém, é necessário entender que, nestas situações a *reformatio in pejus* só seria configurada, por exceção, quando a lei atribuísse consequências relevantes, sob o prisma prático, à opção entre diferentes razões de decidir, como é o caso nas hipóteses de improcedência do pedido na Ação Popular (art. 18 da Lei nº 4.717) e na ação civil pública (art. 16 da Lei nº 7.347). Isso porque, por evidência, estará configurada a piora da situação do autor, cuja decisão foi julgada improcedente por deficiência de prova, se o tribunal rejeitar o pedido em função de outro fundamento[20].

Como sabido, nas ações coletivas a sentença não fará coisa julgada se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas. Desta forma, a alteração da fundamentação de determinada decisão, pelo tribunal, pode ensejar na produção dos efeitos da coisa julgada material, oponível erga omnes, e, assim, causar significativos prejuízos à parte. O que, claramente, enseja na *reformatio in pejus*.

Vale, contudo, abordar a questão sobre o cabimento do reexame necessário no âmbito das tutelas coletivas, que enseja em controvérsias e divergências.

O legislador determinou disciplina específica à remessa oficial nas ações coletivas ao estabelecer no art. 19 da Lei n.º 4.717/65 (Lei da Ação Popular) e no art. 4º, §1º, da Lei n.º 7.853/89 (Lei da Ação Civil Pública em favor de pessoas portadoras de necessidades especiais), que deve haver reexame necessário da sentença que julgar improcedente o pedido do autor ou que extinguir o processo sem julgamento do mérito.

Como sabido, em tese, o cidadão é quem figura a ação coletiva (devidamente representado) e o Estado o polo passivo. Dessa forma, pode-se entender que a legislação especial da Ação Coletiva não estabelece expressamente o reexame necessário para decisões contrárias à Fazenda Pública.

---

[20] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil de 1973.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 433.

Diante deste apontamento, há aqueles que defendem a aplicação subsidiária das normas do artigo 475 do Código de Processo Civil, impondo o reexame necessário das sentenças proferidas em Ação Civil Pública contrárias à Fazenda Pública, bem como aqueles que repugnam tal possibilidade.

Os favoráveis à aplicação do reexame necessário para as sentenças proferidas contra a Fazenda Pública reclamam pela incidência do artigo 475 *supra* mencionado, por não se admitir que o direito tutelado nas demandas coletivas seja mais importante que o escopo do reexame necessário das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública. Mesmo porque, a Fazenda Pública atua na condição de ré na maior parte dos processos coletivos, em defesa do patrimônio público, que nada mais seria do que uma espécie de direito difuso.

Conquanto os contrários à referida aplicação subsidiária defendem que se existe previsão expressa sobre o reexame necessário no procedimento especial das tutelas coletivas, não há que se falar em aplicação subsidiária do CPC.

7 CONCLUSÕES

Os dilemas e propostas aqui apresentadas induzem uma nova perspectiva para o princípio da vedação da *reformatio in pejus*, sob o viés da segurança jurídica e da celeridade processual.

Como pontuado, não se pode olvidar que o princípio em referência é de extrema importância e deve ser respeitado. Afinal, valer-se do recurso para agravar a situação do recorrente importa na violação da coisa julgada ou da preclusão, no tocante ao que se tornou definitivo para a parte que não recorreu.

Contudo, não mais se pode analisar o princípio da vedação da *reformatio in pejus* de forma isolada e absoluta.

É o caso da análise, pelo tribunal, das matérias qualificadas como de ordem pública. Não se permite utilizar o princípio da vedação da *reformatio in pejus* como justificativa para a imposição de limites ao tribunal na análise destas questões, cuja importância para o andamento processual é imprescindível. Além do mais, tecnicamente, não há que se falar em violação da vedação da *reformatio in pejus*, por se tratar de efeito translativo, uma vez que as matérias de ordem pública não se submetem à precusão.

Outro aspecto importante e que merece respaldo é o fato de não se permitir o desvio do raciocínio de reforma de sentença sujeita ao duplo grau obrigatório, para um exame sob o ângulo da

reformatio in pejus, já que, estar-se-ia cometendo um equívoco, uma vez que o instituto da *reformatio in pejus* refere-se, única e exclusivamente, aos recursos e o reexame necessário se refere à sentença.

Sendo assim, através deste trabalho, pretendeu-se elucidar alguns pontos relevantes a respeito da vedação da *reformatio in pejus*, inclusive no tocante às ações de tutela coletiva, a fim de que o referido princípio fosse analisado com novo enfoque.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses Difusos e Coletivos.* São Paulo: Editora Método, 2012, p. 12, 2.ed.

FUX, Luiz; JUNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 98.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 620, 642, 48. ed.

JUNIOR, Nelson Nery. *Teoria Geral dos Recursos.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 190-191, 484-485, 6. ed.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 507, 510-521, 523-526514-515, 7.ed.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil de 1973.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 232-233, 432-435, 17. ed.

INFORMAÇÕES AOS COLABORADORES

A RIPE, revista eletrônica, editada pela Instituição Toledo de Ensino, tem como objetivo a publicação de artigos de natureza científica, resultantes de estudos, pesquisas e trabalhos que venham a contribuir para o desenvolvimento do universo jurídico, elaborados por professores e profissionais desta ou de outras Instituições, que se enquadrem no Regulamento para a apresentação dos trabalhos.
São aceitas monografias, artigos, ensaios, decisões de relevo especial, acórdãos, jurisprudência comentada e resenhas, para a publicação, desde que atendam aos objetivos de divulgação de produção da Ciência Jurídica.

NORMAS EDITORIAIS

Os artigos encaminhados à revista são submetidos a um Conselho Editorial, que apreciará o ineditismo, a relevância, a oportunidade, além do mérito e outras características; não serão devolvidos e, de acordo com a análise, poderão ser programados para publicação.
Os trabalhos são recebidos como já autorizados para publicação, sem qualquer ônus para a revista ou para a Instituição, tendo em vista o seu caráter científico.
Ao Setor de Revisão reserva-se o direito de efetuar alterações de ordem editorial (formal, ortográfica, gramatical) nos originais, respeitados o estilo e as opiniões dos autores, com a finalidade de manter a homogeneidade e a qualidade da revista.

As colaborações deverão ser enviadas para o seguinte endereço:
INSTITUIÇÃO TOLEDO DE ENSINO
RIPE - Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Praça 9 de julho, 1-51,
Vila Pacífico - 17050-790 - Bauru - SP
Endereço eletrônico: **ripe@ite.edu.br** Telefone: (14) 2107-5011
Coordenação Editorial: Flávio Euphrásio Carvalho de Toledo

NORMAS PARA A APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS

Os trabalhos devem obedecer às normas da Associação Brasileira de normas técnicas (ABNT) inobstante, a seguir, de forma simplificada, são apresentadas algumas regras para facilitar o encaminhamento de trabalhos.
• **Meios** - os artigos deverão ser encaminhados por e-mail, com margens superior e esquerda de 3 centímetros e direita e inferior de 2 centímetros, fonte Times-New Roman, tamanho 12, com entre linhas 1,5.
• **Estrutura** - deve se desenvolver na seguinte seqüência: título do trabalho, nome(s) do(s) autor(es) e respectivo(s) currículo(s), resumo, palavras-chave, corpo do trabalho e referências bibliográficas.
• **Título** - deve ser breve, específico e descritivo, contendo as palavras representativas do seu conteúdo.
• **Currículo** - deve constar informações quanto à formação profissional do(s) autor(es), títulos, atividades que desempenha(m), endereços residencial, profissional e eletrônico, e telefones.
• **Resumo** - com, no máximo, dez linhas ou cento e cinqüenta palavras.

• **Palavras-chave** - com, no máximo, dez palavras.
• **Destaques** - aspas para citações até 3 linhas; para citações com mais de 3 linhas, recuo de 4 centímetros, espaço simples e fonte menor; itálico para conceitos ou palavras em língua estrangeira.
• **Citações** - devem ser acompanhadas por nota de rodapé ou chamada para o autor com o ano e o número da página; a referência da fonte da citação deve constar na nota de rodapé ou em lista única ao final do artigo. A exatidão e a adequação das citações e referências a trabalhos consultados e mencionados no texto são de responsabilidade do autor.
• **Siglas** - devem vir acompanhadas do nome na primeira menção; posteriormente,
a critério do autor.
• **Referências** - devem conter, no mínimo, as seguintes informações:
nome(s) do(s) autor(es), título do texto, título da fonte e dados da fonte (edição, local da publicação, editora e ano em que foi publicado; no caso de periódicos, acrescentar a sua periodicidade e páginas inicial e final; se proveniente da internet, acrescentar o endereço completo da página onde pode ser acessado e a data do acesso).

INFORMACIÓN A LOS CONTRIBUIDORES

El RIPE, revista electrónica, publicada por la *Instituição Toledo de Ensino*, tiene como objetivo publicar artículos científicos resultantes de los estudios, la investigación y los trabajos que contribuyan al desarrollo del universo jurídico, desarrollados por docentes y profesionales de esa o otras instituciones que hacen parte del Reglamento para la presentación de los trabajos. Se aceptan las monografías, artículos, ensayos, célebres casos legales ("cause célèbre"), juicios, jurisprudencia comentadas y reseñas para su publicación, siempre que cumplan los objetivos de revelación de la producción de la Ciencia Jurídica.

NORMAS EDITORIALES Los artículos sometidos a la revista son sometidos al Consejo Editorial, que tendrá en cuenta la originalidad, pertinencia, oportunidad, además del mérito y otras características; y no serán devueltos, según las análisis puederan ser programado para su publicación. Los trabajos son recibidos ya autorizados para su publicación, sin cargo alguno para la revista o la institución, en vista de su carácter científico. Al Sector de Revisión se reserva el derecho de hacer cambios al fin de la redacción (formal, la ortografía, la gramática) en el original, en respecto al estilo y las opiniones de los autores, con el fin de mantener la homogeneidad y la calidad de la revista.

Los trabajos deberán enviarse a la siguiente dirección: INSTITUIÇÃO TOLEDO DE ENSINO RIPE - Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Praça 9 de julho, 1-51, Vila Pacífico - 17050-790 - Bauru - SP
correo eletronico: **ripe@ite.edu.br** Teléfono: (14) 2107-5011
Coordinación Editorial: Flávio Euphrásio Carvalho de Toledo

NORMAS PARA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS Los trabajos deben cumplir con las normas de la Asociación Brasileña de Normas Técnicas (ABNT) inobstante, a continuación, las reglas simplificadas presentadas abajo para facilitar el envio de trabajos.

• **Medios** - Los artículos deben ser enviados por correo electrónico, con márgenes superior e izquierdo de 3 cm y márgenes derecho e inferior de 2 cm, Times New Roman, tamaño de fuente 12, con espaciamiento entre líneas de 1,5.
• **Estructura** - debe desarrollarse en el siguiente orden: título, nombre(s) del autor(es) y su(s) planos de estudios, resumen, palabras clave, cuerpo de trabajo y referencias.
• **Título** - debe ser breve, específico y descriptivo, con palabras representativas de su contenido.
• **Currículo** - debe tener información sobre la formación profesional del (de los) autor(es), título, actividades que desarollan, direcciones residencial y de trabajo, correo electronico, y teléfono.
• **Resumen** - con lo máximo de diez líneas o ciento cincuenta (150) palabras.
• **Palabras clave** - con lo máximo de diez palabras.
• **Destaques** - comillas para citas textuales de hasta 3 líneas; citas con más de 3 líneas, 4 cm de sangría, espacio simples y fuente más pequeña; cursiva para los conceptos o palabras en un idioma extranjero.
• **Cita** - debe estar acompañada de una nota al pie o llamada al autor con el año y el número de página; la referencia a la fuente de la cita debe venir en la nota al pie o una única lista al final del artículo. La exactitud y pertinencia de las citas y referencias consultadas y mencionadas en el texto trabajo son de responsabilidad del autor.
• **Siglas** – deben estar acompañados por su nombre en la primera vez; posteriormente, queda a critério del autor.
• **Referencias** - deben contener al menos la siguiente información: nombre(s) del (de los) autor(es), título del texto, título de la fuente y la fuente de datos (edición, local de publicación, editorial y año de su publicación y en el caso de las publicaciones periódicas, añadir la frecuencia y las páginas inicial y final; caso sea de internet, agregar la dirección web que puede accederse y la fecha que fue accedido).

INFORMATION TO CONTRIBUTORS

RIPE, the online journal, published by *Instituição Toledo de Ensino*, aims to publish scientific articles resulting from academic studies, research papers and studies that will contribute to the development of the legal field, developed by professors and professionals from this institution or others that fall within the Regulation for the submission of papers and studies. Monographs, articles, essays, celebrated legal cases (*cause célèbre)*, court decisions, case laws and reviews are accepted for publication, provided that they meet the disclosure objectives of production of Legal Science.

EDITORIAL RULES Articles submitted to the journal are analyzed by the Editorial Board, which shall consider the originality, relevance, opportunity, in addition to merit and other characteristics. They shall not be returned and, according to the analysis they may be scheduled for publication. Contributions received shall be considered as already authorized for publication, without any costs from the journal or the institution, due to its scientific character. The Review Section reserves the right to make editorial changes (formal, spelling, grammar) in the original paper, respecting the style and opinion of the authors, in order to maintain homogeneity and quality of the journal.

Submissions shall be sent to the following address: INSTITUIÇÃO TOLEDO DE ENSINO RIPE - Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos - Praça 9 de julho, 1-51, Vila Pacífico - 17050-790 - Bauru - SP
Email: **ripe@ite.edu.br** Telephone: + 55 (14) 2107-5011
Editorial Coordination: Flávio Euphrásio Carvalho de Toledo

STANDARDS FOR HANDING IN PAPERS Submissions must comply with the standards of the Brazilian Technical Standards Association (*ABNT*). Although they shall follow some rules, presented below in a simplified way, in order to guide the submission of papers.

• **Means** - papers shall be sent by email, with top and left margins of 3 cm and right and bottom margins of 2 cm, Times-New Roman font, size 12, with space between lines of 1.5.
• **Structure** - must be developed in the following sequence: paper title, name(s) of the author(s) and its respective curriculum(s), abstract, keywords, paper and references.
• **Title** - must be brief, specific and descriptive, containing the words that represent the content.
• **Curriculum** - must include professional and education background, titles, activities developed, home and business address, email and phone numbers.
• **Abstract** – must have no more than ten lines or one hundred and fifty (150) words.
• **Keywords** – must have a maximum of ten words.
• **Highlights** – quotation marks for citations up to 3 lines; for citations with more than 3 lines, indentation of 4 cm, single spaced and smaller font; italics for concepts or words in foreign language.
• **Citations** - must be followed by a footnote or mention for the author with year and page number; the reference of the citation font must appear in the footnote or on a single list at the end of the article. The accuracy and adequacy of citations and references consulted and mentioned in the text are full responsibility of the author.
• **Acronyms** – introduce the appropriate acronym at first use, afterwards, at the author's discretion.
• **References** - must contain at least the following information: name(s) of author(s), paper title, name and size of the font (edition, place of publication, publisher and year when it was published and, in the case of academic journals, include publication frequency and mention initial and final pages; if internet source, add the entire website and date of access).