

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO II – NÚMERO II

EFETIVIDADE DO DIREITO

Lisboa
Editorial Juruá
2016

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO II, Nº II, 1º SEM. 2016

JURUÁ
EDITORIAL

Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal
Home page: www.editorialjurua.com — e-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396

Depósito Legal: 398849/15

DOI: 10.19135/revista.consinter.00002.00

Editor:

Luiz Augusto de Oliveira Junior

Diretores da Revista:

David Vallespín Pérez

Germán Barreiro González

Gonçalo S. de Melo Bandeira

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

COLABORADORES:

Aline Fagundes dos Santos

Aloisio Krohling

Ana Clara Montenegro Fonseca

Antônio Carlos Efig

Dirce Nazaré de Andrade Ferreira

Fernando Rister de Sousa Lima

Fernando Sérgio Tenório de Amorim

Francisca Ramón Fernández

Gabriel Huberman Tyles

Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblem

Gonçalo S. de Melo Bandeira

Herleide Herculano Delgado

Isaac Sabbá Guimarães

J. Eduardo López Ahumada

João Jacinto Anê Andorfato

José Marcelo Ferreira Costa

Juliana Melo Tsuruda

Karina Nogueira Vasconcelos

Luciano do Nascimento Silva

Lucinéia Rosa dos Santos

Marco Antonio Marques da Silva

Miguel Horvath Júnior

Murilo Euler Catuzo

Nuria Belloso Martín

Ricardo Vieira de Souza

Roberta Soares da Silva

Rolando Pavó Acosta

Tatsiana Ushakova

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Bruno Sena Martins

Doutor em Grupo de Estudos Anglo-Americanos pela Universidade de Coimbra; Professor da Universidade de Coimbra.

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Nuno Manoel Pinto de Oliveira

Doutor em Direito; Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho.

Nuria Belloso Martín

Doutora em Direito; Professora Catedrática de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Burgos.

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objetivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos selecionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de seleção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

DIRITTO ALLA SALUTE, CORTE SUPREMA BRASILIANA E ATTIVISMO SIMBOLICO

RIGHT TO HEALTH CARE, BRAZILIAN SUPREME COURT AND SYMBOLIC ACTIVISM

*Fernando Rister de Sousa Lima*¹

Resumo: O artigo demonstra que o “ativismo judicial” liderado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro em direito à saúde tipifica-se como atuação simbólica, daí a judicar muito mais como um alibi social, do que propriamente preocupado na promoção da universalidade da saúde pública. A pesquisa faz parte de um Projeto de Pesquisa iniciado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), com período de pesquisa na Universidade de Estudos de Macerata (UNIMC) financiado pela CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pesquisa e Ensino Superior). Adota-se como marco teórico a Teoria do Sistemas desenvolvida por Niklas Luhmann e o simbolismo forjado por Marcelo Neves, a fim de demonstrar a atuação simbólica da Corte.

Palavras-chave: STF, Saúde, Simbolismo.

Abstract: The paper demonstrates that the “judicial activism” promoted by the Brazilian Supreme Court (STF) in cases about health care is a symbolic performance. Therefore, the Court acts more as a social alibi, not necessarily concerned with promoting public health as a universal right. The paper is part of a research project developed at the Pontifical Catholic University of São Paulo (PUC /SP), with included a period of study at the University of Macerata Studies (UNIMC) financed by CAPES (Research Coordination of Improvement and Higher Education). In order to demonstrate the symbolic role of the Supreme Court, the paper adopts as theoretical framework the systems theory developed by Niklas Luhmann and the theory about symbolism developed by Marcelo Neves.

Keywords: STF, Health, Symbolism.

¹ Pós-Doutorando pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP – Largo de São Francisco.

INTRODUZIONE

a) Oggetto de Ricerca

a.1 La sentenza è anche il risultato del peso psichico del suo annunciatore, acquisita nella sua formazione etica e sociale, e poi lucidata dalla formazione intellettuale ricevuta durante la laurea e posteriore concorso – nei casi di magistrati di carriera –, inoltre influenzata da anni di esercizio del potere giudiziario. Il concorso in magistratura, a dispetto di alcune varianti, è ancora un prodotto delle società del XVIII secolo, senza il dinamismo e la complessità tipica del periodo attuale,² sebbene il Consiglio Nazionale di Giustizia (CNJ) abbia fatto un grande passo per il perfezionamento del concorso, attraverso la recente decisione che richiede l'inclusione, tra le altre discipline, nel bando, di filosofia e sociologia del diritto. Ebbene, da quanto accennato, è chiaro che già all'inizio della carriera, inizia l'interesse sul modo di ragionare del Potere Giudiziario e sul suo dialogo con la società ipercomplessa.

a.2 Nella modernità, Niklas Luhmann ha negato categoricamente “la razionalità giuridica”, mediante la conquista di valori una volta concepiti come immutabili³. Nella sua teoria, la molteplicità di scelte sociali prevale. Si parla di società complessa. Ci si può aspettare un'operazione di selettività in cui i sistemi parziali scelgono i valori che costelleranno la loro comunicazione⁴.

A partire da questa selezione, la generalizzazione di queste sarà tutto ciò che potrà essere fornito al sistema sociale globale. Luhmann ha definito il suo lavoro “funzionalismo-strutturale”, proprio per evidenziare il contrappunto alle idee parsoniane denominate “strutturale-funzionali”. Con questo scopo, ha proposto una nuova teoria dell'analisi sociale, che contiene un aspetto metodologico, che ridefinisce il concetto di funzione, e uno teorico, destinato ad un nuovo concetto di sistema⁵.

Per quanto riguarda il concetto di sistema prima ignora completamente l'idea di valori ontologici, come prima specificato. La stabilità non sarà più fatta da un assioma immutabile, la cui conseguenza

² DALLARI, 1996, p. 21.

³ LUHMANN, Niklas. **La differenziazione del diritto**. A cura di De Giorgi, Raffaele. Milano: Mulino, 1990b. p. 348.

⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Governo rappresentativo versus governo dos juízes**: A “autopoiese” dos sistemas político e jurídico. Belém: UFPA, 1998. p. 56.

⁵ FEBBRAJO, Alberto. **Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann**. Milano: Giuffrè, 1975. p. 29, 30.

è anche l'esclusione di altri valori. Il sistema dovrà cercare questa stabilizzazione all'interno di un ambiente che cambia, in cui le altre possibilità sono quasi giuste. Pertanto, la stabilizzazione sarà fatta in un'interazione comunicativa tra sistema e ambiente. In questo modo, prima di tutto, la teoria luhmanniana funzionale-strutturale è una proposta sistema/ambiente⁶.

In questo scenario sistemico, i giudici sono, in sostanza, i responsabili della chiusura sistemica. In ultima analisi, quando sorge la lite, ciò che è lecito o illecito, è deciso da loro. È loro il difficile compito di dare "l'ultima parola", il cui studio è l'obiettivo centrale di questo lavoro: il loro modo di decidere. Per questo bisogna indagare come giudica sul diritto alla salute la Corte Suprema brasiliana: per la concreta realizzazione del diritto alla salute o per una sua attuazione simbolica?

a.3 Pertanto, nascono nuove domande: nel contesto socio-politico del nostro Paese, la Corte Suprema avrebbe un atteggiamento di alterigia? È suo obiettivo rendere effettivi i valori contemplati dalla Costituzione Federale, in particolare il diritto alla salute, e magari anche, ideologicamente, praticerebbe la sua concretizzazione-normativa; o, invece, starebbe agendo in favore del mantenimento della competenza da parte del Potere Esecutivo, in rigida aderenza al principio della separazione dei poteri, sostenendo in tal modo la tesi per cui la realizzazione dei diritti sociali è un risultato esclusivo delle politiche pubbliche e, pertanto, non richiede il suo intervento? Si pretende indagare, in questi termini, intorno alla seguente questione: quale razionalità giuridica nel diritto alla salute prevale nel STF?

a.4 Nella prospettiva della teoria dei sistemi, come prima accennato superficialmente, per quanto riguarda il diritto, la funzione sarà la garanzia delle attese normative nel tempo. Il sistema di diritto, attraverso la sua reiterazione comunicativa differenziata, garantirà la credibilità sociale dei valori inseriti nelle norme giuridiche. Così, la funzione non è un particolare tipo di rapporto di causalità: la funzione si definisce indipendente della causalità⁷. In questo modo, la tesi non si occupa dell'oggettivazione delle cause che motivano la presa di decisione, il cui esito sarebbe il fatto finale osservato, quale risultato logico di una causa⁸.

⁶ FEBBRAJO, 1975, p. 37, 38.

⁷ FEBBRAJO, 1975, p. 34, 35.

⁸ VILANOVA, 2000, p. 7: "*1. Natureza não é um complexo de coisas enormemente diversificadas que compõem o nosso mundo circundante. É um complexo de fatos segundo invariações causais. Ela mesma, a natureza transforma-se em cultura, se as*

Da un altro lato, qui, quasi come una fotografia, si fa proprio un taglio o, meglio, un ritaglio: si ignorano momentaneamente il futuro e il passato. Si rende obiettiva un'estensione conoscibile – cioè, alcune sentenze della Corte Suprema-, per rispondere all'oggetto di ricerca della tesi, nella prospettiva sistemico-pragmatica.

b) Metodologia di Ricerca

b.1 Lo Stato di benessere sociale presuppone l'esercizio della funzione compensativa e distributiva per conferire il minimo di uguaglianza economica, sancita nei classici diritti fondamentali, in particolare, quelli sociali, interesse primario di questa tesi. Il suo presupposto è la generalizzata inclusione della popolazione ai benefici offerti dai sistemi sociali parziali; l'inverso è conosciuto come esclusione, e marginalizzazione⁹. Inoltre, la cittadinanza ha nell'uguaglianza il suo centro nevralgico, intesa come strumento d'inclusione sociale in una prospettiva giuridico-politica, indicata in una diversità di diritti postulati nei confronti dello Stato.

La semantica dei diritti sociali è il risultato di un'evoluzione non strettamente lineare, avvenuta in diversi momenti storici, molto incoraggiata dalle rivoluzioni borghesi, e ogni volta di più con una maggior portata concettuale¹⁰. In questa prospettiva, i dubbi circa le prestazioni dello Stato sorgono in diverse variabili, prevalentemente legate all'economia e alla formazione di uno stato sociale. Bene. Dato questo scenario, il costo di un effettivo *Welfare State* è messo in discussione, in particolare dall'attuale situazione economico-mondiale, che invariabilmente guida il ripensamento del ruolo statale¹¹.

leis causais passam a ser suportes de objetivações de valores". Também VILANOVA, 2000, p. 59: "Mas a palavra ato conota o dado imediato íntimo, o ato psíquico em que a norma se constitui. O ato íntimo, não exteriorizado em conduta (ação/omissão), [...]". VILANOVA, 2000, p. 57, 59: "Para se entender a causalidade especificamente jurídica, há de se ter em conta esse mínimo de ontologia: o direito é uma realidade com duas dimensões. Uma é factual, no sentido largo do termo: compõe-se de fatos do mundo físico e de fatos de conduta inter-humana. Outra é a objetivação de significados normativos". OLIVEIRA, 2006, p. 45. MONTESQUIEU, 2005, p. 11-17; MONTESQUIEU, 1973, p. 7-13.

⁹ NEVES, **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 76. LUHMANN, Nicklas. **Teoria política nello Stato del benessere**. A cura di Raffaella Sutter. Milano: Franco Angeli, 1983b. p. 58, 59.

¹⁰ NEVES, 2006, p. 175.

¹¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 32.

b.2 L'originalità di questa ricerca deriva dalla mescolanza dell'approccio deduttivo con quello analitico del soggetto, proveniente dalla raccolta di dati interdisciplinari, applicata ai precedenti giurisprudenziali. Il risultato è un'analisi odierna sulla razionalità della separazione dei poteri. Da quanto esposto, meritano particolare attenzione la rilevanza sociale e l'attualità dello sviluppo della ricerca attraverso la raccolta di dati bibliografici con una connotazione chiaramente interdisciplinare, e il suo collegamento con la giurisprudenza della Corte Suprema.

b.3 Il lavoro ricerca è stato condotto attraverso lo studio teorico ed empirico. La teoria è stata sviluppata con un processo deduttivo. La raccolta di dati si è concentrata sui teorici sociali, con particolare attenzione alla teoria dei sistemi di Niklas Luhmann, utilizzata per l'identificazione della razionalità giuridica, dell'inclusione sociale, della complessità, della contingenza, della giustizia, del ruolo dei tribunali e dei sistemi giuridici e politici.

Ancora, sul piano teorico, la concettualizzazione del termine "simbolico" è veramente ricca, al punto che abitualmente si fa confusione semantica. Per evitarla, questo lavoro adotta la tesi sviluppata da Marcelo Neves, nel suo libro "La Costituzionalizzazione Simbolica" dove sviluppa un dibattito intorno al simbolismo delle norme costituzionali¹².

b.4 Ogni scelta, decisione in generale, provoca dei rischi, anche perché si sceglie una cosa a scapito dell'altra. Soprattutto quando si pretende applicare delle teorie, come questa tesi aspira a fare, volte a porre come priorità dell'agenda del Paese l'inclusione sociale e che sono pensate per realtà completamente diverse dalla periferia in cui si trova il Brasile, in una realtà caratterizzata dalla disuguaglianza, materializzata in mucchi di povertà e di ricchezza che convivono, si urtano con tanta intensità da essere quasi accettate come normali; il che porta al peggior sentimento possibile: l'indifferenza.

¹² NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 5-22, sobretudo p. 5: "[...] Ao contrário, estamos diante de um dos mais ambíguos termos da semântica social e cultural, cuja utilização consistente pressupõe, portanto, uma prévia delimitação do seu significado, principalmente para que não se caia em falácias de ambigüidade" e p. 18: "[...] Dessa maneira, o modo simbólico, além de implicar a 'nebulosa de conteúdo' no nível semântico, depende de uma postura pragmática determinada do utente do texto, sendo assim radicalmente contextualizada". NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista Eletrônica de Direito de Estado**. Salvador, n. 4, p. 1-35, out./nov./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 25 out. 2011, p. 2.

Per tutto questo, l'uso di tali metodologie deve essere esercitato con prudenza affinché si possa fare attenzione alle peculiarità sociali e storiche che saranno contestualizzate, com'è il caso di questo dottorato di ricerca¹³.

b.5 A prescindere dalla preoccupazione espressa nelle righe anteriori, lo shock di questa teorizzazione, proveniente da paesi considerati centrali e con i precedenti della Corte Costituzionale, instaurata in un paese periferico, già diminuirebbe la citata differenza sociale, anche a causa della riduzione nella scala di osservazione, come nota Orlando Villas Bôas Filho, fondamento in Luhmann e Campilongo, considerando che si lascerebbe da parte la generalizzazione, il cui approccio nell'insieme aderisce al sistema sociale parziale, per osservare, d'ora in avanti, con un approccio ritagliato, quasi micro, se confrontato con l'altro¹⁴.

b.6 Per la ricerca empirica, è stata utilizzata la ricerca documentale, raccolta da precedenti giurisprudenziali del STF¹⁵. Pertanto, si presenta un progetto di analisi qualitativa, condotto da uno studio di casi qualitativi con l'obiettivo di fornire una direzione specifica per le procedure di indagine, come fossero "strategie di ricerca". Si è cominciato dallo specifico (analisi di casi giudicati) in direzione del generale (la razionalità del STF)¹⁶.

1 **RISULTATI DELLA RICERCA DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE SUPREMA NEL DIRITTO ALLA SALUTE**

1.1 **Premesse Generali**

1.1.1 Le decisioni analizzate sono state prese dal sito internet del STF¹⁷, nello specifico dal link "giurisprudenza". Per effettuare la

¹³ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 325.

¹⁴ VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 331, 333, 375-376. CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 163-169; LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Traducción Javier Nafarrate Torres. 2. ed. México: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 381-386.

¹⁵ CRESWELL, John W. **Projeto de pesquisa**. Métodos qualitativo, quantitativo e misto. 3. ed. Porto Alegre: Artmed. 2010. p. 40, 41. TREVES, Renato. **Sociologia del diritto**. Torino: Einaudi, 1996. p. 293.

¹⁶ CRESWELL, 2010, p. 25-47, sobretudo, p. 26, 35, 37-38, 40; SEVERINO, 2007. p. 118-119. TREVES, 1996, p. 204-205.

¹⁷ Sito internet del STF: <www.stf.gov.br>.

ricerca, sono state scelte le espressioni: “diritto alla salute” e “separazione dei poteri”, in un primo momento individualmente, poi insieme. Questo procedimento di ricerca è stato utilizzato varie volte, in momenti completamente diversi. Due criteri hanno guidato, preliminarmente, la selezione delle decisioni da analizzare minuziosamente nella tesi: (i) quello temporale, di tipo oggettivo; (ii) l'esame del diritto alla salute attraverso l'ottica esplicita, o implicita, della separazione dei poteri, di natura soggettiva, giacché la selezione della decisione ha richiesto la lente dell'osservatore, specialmente nella visione implicita.

Nella prima selezione, come regola iniziale, si è data preferenza ai provvedimenti pubblicati tra l'inizio del 2009 e la fine del 2012, con l'intento di conferire attualità alla ricerca. Dopo, senza sottovalutare l'aspetto temporale, nel materiale raccolto è stato dato spazio a decisioni prese anteriormente, e riconosciute come rilevanti per la comprensione del ragionamento, limitato a quelle studiate. Gradualmente, la quantità di giudizi antecedenti la linea di demarcazione temporale tracciata è andato aumentando al punto che lo standard iniziale non si è più ripetuto. Per altro verso, è restato, quanto a metodologia, intatto l'altro criterio di ricerca iniziale: “diritto alla salute” e “separazione dei poteri”.

Inoltre, seppure con lo scopo di rendere oggettiva la ricerca, è innegabile che, nella scelta finale dei precedenti analizzati, si è finito, in un certo modo, per rendere soggettiva la raccolta. In quest'aspetto, il ricercatore ha fatto scelte di tipo personale, benché il modo di trattare il tema analizzato sia stato sempre impostato in modo critico.

1.1.2 Nel materiale raccolto, sono stati inclusi vari gruppi di tecniche processuali, come ad esempio, l'agravo regimentale e la richiesta di sospensione di sicurezza, comprendendo dall'inizio che il suo mantenimento avrebbe portato ricchezza alla ricerca, contribuendo ad arricchire di materiale eterogeneo la prospettiva procedimentale dei processi. Proprio per questo sono state analizzate decisioni di processi di ricorsi straordinari, de agravos regimentais per non accoglimento di ricorsi straordinari, di richieste di sospensione di tutela anticipata, di azione cautelare e di ricorso straordinario in mandato di sicurezza.

Dopo la scelta di questi criteri di selezione, la raccolta finale è arrivata a settanta provvedimenti, i quali sono stati letti, riletti e, infine, studiati nei minimi dettagli, uno a uno. Il risultato è tutta l'analisi che segue. Da quest'universo, sono state scelte venti decisioni che hanno avuto un ruolo significativo per il risultato della ricerca. I punti principali di queste sentenze sono stati trascritti nelle note a piè di pagina.

1.2 Razionalità Giuridica Nella Microgiustizia

1.2.1 Alla luce di quanto proposto nella ricerca, per l'analisi dei precedenti, si denota, in una visione micro – perché ristretta ai processi ammessi, ossia, conosciuti dal relativo tribunale –, una chiara razionalità dell'Eccelsa Corte nel senso dell'effettività del diritto alla salute per quanto riguarda la giustizia adjudicativa, così che dei settantuno provvedimenti studiati, soltanto tre non rispondono al criterio della concretezza. Esempio dell'essenziale effettività può essere estratto dall'Azione Cautelare n. 2836/SP, nella quale il Pubblico Ministero, con la finalità di rispondere alla necessità di realizzazione del diritto pubblico soggettivo alla salute, ha presentato un'azione civile pubblica provvista di richiesta di sentenza non definitiva, la quale ha superato il primo grado, ma è stata cassata nel secondo grado di giurisdizione.

A causa della decisione sfavorevole nel secondo grado, il Pubblico Ministero ha interposto ricorso straordinario, che in principio è stato ammesso. Tuttavia, prima dell'arrivo del ricorso al tribunale, ha presentato la sua sollecitazione di medicinali di elevato valore economico *in limine*, mediante tecnica cautelare, direttamente al STF. In giudizio di cognizione sommaria, il relatore ha riabilitato la misura provvisoria concessa dal giudice di primo grado. La decisione ha avuto come fondamento l'effettività dell'art. 196 della Costituzione Federale¹⁸.

Di fatto, l'effettività di questa tecnica processuale, non usuale, rinforza la tesi per cui il STF ha una forma di giudicare ben precisa, almeno per quanto riguarda la sua finalità, il che ha permesso di schematizzare con relativa sicurezza la sua razionalità, le sue variabili e, infine di contestualizzarla nell'ambito sociale globale, conformemente quanto esposto nella Parte III.

1.2.2 In altre parole, il modello di non concretizzazione del diritto alla salute, si esemplifica con la sentenza nella quale il Ministero Pubblico dello Stato di Minas Gerais ha interposto ricorso straordinario con l'obiettivo di rivedere la decisione del Tribunale di Giustizia di Minas Gerais (TJMG), che nega la richiesta di chi, mediante presentazione d'ingiunzione, ha preteso il fornimento di medicinali. È, però, vero che la sentenza non è entrata nel merito del diritto alla salute.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Cautelar 2836/SP – Rel. Min. Ayres Britto. Requerente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Requerido: Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Brasília, DF. j. em 29.03.2011. Publicado em 04.04.2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AC%24%2ESCLA%2E+E+2836%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/mfqc643>>. Acesso em: 16 out. 2013.

Il menzionato tribunale non ha ricevuto il ricorso per capire che negli atti non c'erano elementi che denotassero la veridicità di quanto allegato dall'autore e, inoltre, che l'eventuale fornimento configurerebbe una rivalutazione delle prove raccolte negli atti, il che incontra un ostacolo già concretizzato in un precedente¹⁹.

1.3 Luoghi Comuni Nella Microgiustizia

1.3.1 Come parte del risultato dell'analisi, si è tracciata la mappa di alcuni luoghi comuni rilevati nella giurisprudenza del STF, come: (i) la realizzazione del diritto alla salute non rappresenta violazione del principio di separazione dei poteri; (ii) il diritto alla salute è un diritto pubblico soggettivo indisponibile; (iii) norme considerate programmatiche non possono essere considerate promesse costituzionali inconseguenti; (iv) il Ministero Pubblico ha la legittimità di portare in giudizio il diritto alla salute; (v) tema affrontato (giudicata) secondo il criterio dell'aggiudicazione e non come problema distributivo; (vi) solidarietà degli enti pubblici (Unione, stati e municipi) quali responsabili per la conservazione del diritto alla salute; (vii) prestazione dei trattamenti non inclusi nella lista dell'Agenzia Nazionale di Vigilanza Sanitaria (ANVISA); (viii) squalifica della riserva del possibile come giustificazione per la non realizzazione del diritto alla salute.

1.4 Principio Della Separazione Dei Poteri Nel Diritto Alla Salute

1.4.1 La separazione dei poteri, secondo la giurisprudenza in questione, rappresenta uno dei pilastri della democrazia moderna. Tuttavia, come mostra il materiale raccolto, a volte lo Stato ha fatto uso di questa premessa con l'obiettivo di delegittimare l'intervento del Potere Giudiziario, quando esso si mantiene inerte e non compie le sue funzioni. Tuttavia, contrariamente alla semantica riconosciuta in altro momento, oggi, la Corte Suprema vede questa giustificazione esattamente come una dimostrazione di accomodamento politico, quindi non in grado di opporsi alla realizzazione del diritto alla salute in caso di azione giudiziaria, nei termini del deciso Ricorso Straordinario n. 667.882/MG.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 843160/MG – Rel. Min. Luiz Fux. Agravante: Ministério Público de Minas Gerais. Agravado: Departamento Municipal de Saúde Pública – DEMASP. Brasília, DF. j. em 28.06.2011. Publicado em 03.08.2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+843160%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/jw6wqbq>>. Acesso em: 16 out. 2013.

In questo stesso senso, è andato il Ricorso Straordinario n. 368.564/DF, in cui l'Unione ha interposto ricorso straordinario con la pretesa di riforma della sentenza del Tribunale di Giustizia del Distretto Federale (TJDF), che ha autorizzato al richiedente il trattamento della Retinite Pigmentosa, a Cuba. Si interrompe un lungo e ben articolato dibattito in cui il diritto alla salute è stato difeso, portando alle seguenti conclusioni: (i) è un diritto a sfavore dello Stato; (ii) la riserva del possibile è una scusa che, ratificata, sarà usata per tutto; (iii) la separazione dei poteri è un segnale di accomodamento politico creato nella democrazia moderna; (iv) si inserisce nel dibattito la questione della speranza come fonte di cura²⁰.

1.5 Diritto Alla Salute Come Bene Indisponibile

1.5.1 Al messaggero giudiziario, si ricorda l'indisponibilità di un bene attraverso il suo mantenimento anche davanti ad argomenti difficili da superare come la reale scarsità di risorse. Non ci sono risorse per il fornimento di un determinato medicamento per il trattamento di una malattia rara. Nonostante questo scenario, la Corte Suprema ha decretato l'obbligo del suo fornimento, anzitutto in base alla motivazione per cui la salute è un bene indisponibile. Su questa linea di decisione, si costruisce l'indisponibilità del diritto alla salute a favore della sua concretezza, così che l'Unione ha interposto Agravo de Despacho Denegatório di Ricorso Straordinario di n. 640722/SC nei confronti della decisione del TJSC (Tribunale di Giustizia di Santa Catarina), in cui si è autorizzato il conferimento dei medicamenti all'autore²¹.

Nella decisione in esame, il diritto alla salute è stato considerato inviolabile. Nella sua fondazione, sono state portate alla luce diverse

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 368.564/DF – Rel. Min. Marco Aurélio. Requerente: União. Requerido: Maria Euridice de Lima Casale. Brasília, DF. j. em 13.04.2011. Publicado em 10.08.2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+368564%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+368564%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k59qe3j>>. Acesso em: 16 out. 2013.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo 640722/SC – Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Requerente: União. Requerido: Ministério Público Federal. Intimado: Estado de Santa Catarina. Intimado: Município de Videira. Brasília, DF. j. em 24.05.2011. Publicado em 30.05.2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22936567/recurso-extraordinario-com-agravo-are-640722-sc-stf>>. Acesso em: 16 out. 2013.

decisioni, giustamente per ratificare la dichiarazione per cui il STF ha già preso una posizione a favore della preservazione del suddetto diritto come diritto pubblico indisponibile. È un diritto inviolabile che comporta, quindi, l'obbligo da parte dello stato (in senso generico) di garantire il fornimento dei medicinali, in particolare per il trattamento di malattie gravi.

1.6 Forza Vincolante Delle Norme Pragmatiche

1.6.1 Nel materiale empirico raccolto, le norme programmatiche prendono un contorno completamente diverso dalla classica composizione sviluppata, nella decade del 1960, da José Afonso da Silva. Nelle decisioni, si parte dal presupposto per cui il diritto alla salute è disposto in una norma programmatica, la cui interpretazione non potrebbe, tuttavia, portare ad una promessa inconsequente.

Si ritiene questa considerazione una premessa incontestabile. Proprio per questo, essa è ripetuta come assioma in una grande quantità di decisioni, per esempio, nei giudizi AI n. 662822/RS, AGR nel Ricorso Straordinario n. 393175/RS. A titolo illustrativo, si riporta un passo del Ricorso Straordinario n. 535145-MT:

[...]L'INTERPRETAZIONE DELLA NORMA PROGRAMMATICA NON PUÒ TRASFORMARLA IN PROMESSA COSTITUZIONALE INCONSEQUENTE. Il carattere programmatico della regola iscritta nell'art. 196 della Carta Politica – che ha come destinatari tutti gli enti politici che compongono, sul piano istituzionale, l'organizzazione federativa dello Stato brasiliano – non può convertirsi in promessa costituzionale inconsequente, altrimenti il Potere Pubblico, venendo meno a giuste aspettative in esso riposte dalla collettività, sostituisce, in modo illegittimo, l'adempimento del suo improrogabile dovere con un gesto irresponsabile d'infedeltà governativa verso ciò che determina la stessa Legge Fondamentale dello Stato. [...]

Infatti, l'ideale, teorizzato dal citato autore costituzionalista, di programmi che lo Stato deve compiere, come gli orientamenti che i governanti devono tenere in considerazione nel prendere le loro decisioni, senza però avere un obbligo effettivo, perde il suo significato originale. In ultima analisi, il tempo di realizzare il “programma sul diritto alla salute” è passato; la sua interpretazione si avvicina molto più alle norme di efficacia immediata – sempre proposta da José Afonso da Silva –, a

prescindere dal fatto che il STF le chiami norme di efficacia programmatica.

1.7 Legittimazione Del Pubblico Ministero Sul Diritto Alla Salute

1.7.1 Per quanto riguarda la legittimità del Pubblico Ministero, è interessante la sentenza dell'Agravo de Instrumento de Despacho Denegatório di Ammissione del Ricorso Straordinario n. 667882/MG. La tesi del ricorrente parla della legittimazione del Pubblico Ministero a intraprendere un'azione civile pubblica per esigere la realizzazione del diritto alla salute. Provvisoriamente, il ricorso è stato accettato e accolto nella sua integrità nei parametri del Codice del Processo Civile, art. 544, § 3^o²². Conviene aggiungere che la tecnica di questo menzionato dispositivo processuale, in linea di massima, è usata solamente quando la questione è risolta nella giurisprudenza; non si tratta di un procedimento usuale, di routine.

A dire il vero, davanti alla premessa riguardante la possibilità che il *Parquet* faccia cause concernenti il diritto alla salute, si commenta anche il Ricorso Straordinario identificato con il n. 586.995/MG, negli atti di azione civile pubblica, interposto dal Pubblico Ministero dello Stato di Minas Gerais, in cui si è desiderata la concessione, da parte dello Stato, di un trattamento caro e di difficile accesso (Fibrosi Cistica o Mucoviscidosi). La sollecitazione è stata accettata sulla base del fatto che la salute è diritto di tutti e dovere dello Stato, premessa costituzionale stabilita nella Carta della Repubblica, art. 164²³.

1.8 Linee Di Razionalità Adottate Nel Diritto Alla Salute

1.8.1 Nel senso dell'effettivazione della salute come lite aggiudicativa, nei processi insorgono tre tipi di ragionamento. Anche se è

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 667882/MG – Rel. Ministro Dias Toffoli. Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Agravado: Município de Contagem. Brasília, DF. j. em 02.02.2010. Publicado em 26.02.2010. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+667882%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/lex3hs5>>. Acesso em: 16 out. 2013.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 586995/MG – Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia. Requerente: Estado de Minas Gerais. Requerido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Brasília, DF. j em 21.02.2010. Publicado em 03.03.2010. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18314094/recurso-extraordinario-re-586995-mg-stf>>. Acesso em: 16 out. 2013.

vero che, finalisticamente parlando, ricercano la stessa essenza. Si trova la linea che riconosce che la Corte Suprema assume una postura d'implementazione di politiche pubbliche in caso di flagrante inadempienza da parte dell'ente pubblico, ma che rispetterebbe il potere discrezionale del gestore. In questa categoria, sono degni di nota, le sentenze proferite dall'allora Magistrato Ellen Gracie: Agravo Regimental nell'Agravo de Instrumento 734.487/PR e nella Sospensione di Tutela Anticipata 91, seguiti all'epoca anche dal Magistrato Eros Grau, negli Agravos Regimentais nei Ricorsi Straordinari 367.432/PR e 603.575/SC.

Infatti, questa razionalità parte dal presupposto per cui la Costituzione Repubblicana, precisamente l'art. 226, impone allo Stato l'implementazione delle politiche pubbliche con lo scopo di sanare i problemi inerenti al diritto alla salute. Questo, aggiunto all'inerzia statale, sarebbe sufficiente a legittimare il Giudiziario a implementarle. Non c'è, avendo a mente questa postura decisionale, nessuna reticenza riguardo all'implementazione delle politiche pubbliche, neanche nell'espressa conferma di questa posizione nel contenuto della sentenza. Oltre alla determinazione del fornimento dei medicinali, sono state ratificate anche richieste presentate in azioni civili pubbliche dal Pubblico Ministero, con la richiesta di aumentare il numero di letti in ospedali pubblici.

Delle tre linee decisionali o modi di decidere la questione, in quella superficialmente presentata, c'è poca risonanza con la giurisprudenza attuale. Con il pensionamento dei Magistrati Ellen Gracie e Eros Grau, la dichiarazione per cui al STF spetta realmente la missione di implementare le politiche pubbliche tendeva praticamente a svanire. Nel frattempo, il Magistrato Dias Toffoli ha adottato la tesi in decisioni di sua relazione, conformemente a quanto si apprende dalle decisioni in sede di Agravo Regimental nell'Agravo de Instrumento n. 809.018/SC. Questo a dispetto del fatto che, se ci sono precedenti in cui non si ammette questa postura apertamente, comunque, il risultato del *decisum* è molto simile a quello che ratifica.

1.8.2 Esiste, tuttavia, una seconda posizione da assumere, che ha come obiettivo dare concretezza all'art. 226 della Costituzione Federale, non attraverso l'implementazione delle politiche pubbliche ma mediante la realizzazione di quelle già esistenti. Se ne valorizza l'effettività. In questo senso, ai tribunali spetterebbe solo di portare a termine queste politiche, le quali, per alcune mancanze, non hanno interessato tutta la popolazione come avrebbero dovuto. Per comprendere questo approccio, si reclama il ritorno all'audizione pubblica, realizzata dall'allora Presidente della Corte Suprema, Magistrato Gilmar Ferreira

Mendes, attraverso cui è stata resa manifesta l'opinione dei rappresentanti della magistratura, dell'Avvocatura Generale dell'Unione, dei medici, dei gestori pubblici, degli accademici e dei membri della società civile su come trattare in giudizio i problemi della salute in Brasile.

In questa importante audizione il Magistrato Gilmar Ferreira Mendes ha ottenuto sussidi nella formazione della sua razionalità giuridica sul tema di studio, la quale, fino ad oggi, è conosciuta per l'effettivazione delle politiche pubbliche già esistenti e non per la loro implementazione. Nella pratica, gli organi statali hanno politiche pubbliche che vanno nelle più variate direzioni, ma che non funzionano come dovrebbero. Esempio di ciò è la distribuzione di medicinali, la cui attuazione, attraverso politiche pubbliche specifiche, è praticamente un luogo comune nel potere pubblico. Tuttavia, non è inusuale attestare la sua inadeguatezza per quanto riguarda i medicinali di elevato valore.

In conformità a questa razionalità, il Magistrato Gilmar Mendes ha proclamato una sentenza in cui è stato giudicato il ricorso di agravo regimental nel periodo di sospensione della sentenza provvisoria con il proposito di ottenere la sospensione della decisione in mandato di sicurezza interposto dallo Stato del Pernambuco. Sulla base di una solida argomentazione, è stata allontanata la tesi della riserva del possibile al fine di dare effettività al diritto alla salute, cambiando completamente il centro del dibattito in modo da evidenziare che non si tratta d'interferenza giudiziale in politiche pubbliche, giacché nella maggior parte dei casi, queste già sarebbero esistite. Quindi, si tratterebbe solo di renderle effettive, considerate le evidenti lacune della loro implementazione.

Il relatore finisce, inoltre, per invalidare la legittimità delle giustificazioni date in nome della scarsità finanziaria e propone il dibattito sul piano giuridico-costituzionale, quale diritto inviolabile. Letteralmente, si argomenta che le questioni finanziarie sarebbero secondarie rispetto al dibattito fondato sugli atti.

Sempre su questa questione, è d'obbligo esporre un'altra sentenza con cui l'Unione ha interposto agravo regimental per richiedere la sospensione della tutela anticipata concessiva di medicinali. Seguendo la stessa linea di altri giudici, il Magistrato Gilmar Mendes ha negato la misura sollecitata, servendosi, allo stesso modo, della premessa per cui non si tratta di giudizializzare le questioni legate alla salute pubblica, bensì di far fronte a mancanze nella concretizzazione di queste politiche pubbliche già esistenti. La scelta personale che spettava al gestore già è stata fatta, tuttavia, gli errori nell'applicazione sono

culminati in violazioni del diritto alla salute, motivando domanda giudiziale e, successivamente, l'intervento della Corte Suprema²⁴.

1.8.3 Infine, la terza corrente legittima l'intervento giudiziario con l'argomento dell'omissione statale nella realizzazione del diritto alla salute, così come accenna all'impossibilità dell'ingerenza giudiziaria nella discrezionalità della Pubblica Amministrazione. Questa considerazione sembra più pura retorica che un argomento dogmatico – e, proprio per questo, senza coerenza interna al sistema-, visto che si tenta di negare l'evidenza. In primo luogo, se non ci fosse omissione amministrativa, si ridurrebbe significativamente il numero di problemi portati al giudice, anzitutto perché, considerati i precedenti, l'omissione statale riguardo alla salute è quasi di routine. Altrimenti, un'azione dolosa genererebbe altro tipo di appello giurisdizionale, il che significa che la tecnica giudiziaria proposta sarebbe un'altra, ossia, senza la finalità di prestare o offrire un determinato farmaco o una determinata cura. Quest'argomento manca di pertinenza obiettiva. Secondo, l'omissione del gestore pubblico è, in linea di massima, relazionata alla sua scelta di destinare risorse ad un altro servizio statale come, per esempio, l'educazione, la sicurezza etc. Non raramente viene sacrificata la prestazione sanitaria a favore di un'altra prestazione ugualmente importante per la collettività. L'argomento per cui, se c'è stata omissione, l'azione giurisdizionale non rappresenterebbe violazione della discrezionalità amministrativa non ha consistenza logica. A dire il vero, questo tipo di decisioni rivede un criterio distributivo-discrezionale mediante un criterio aggiudicativo-legalista. In questo modo, il ragionamento illustrato in questo senso dalla giurisprudenza del STF è fittizio; si allontana dalla realtà per provare a sviluppare, irrealisticamente, un nuovo concetto dogmatico di discrezionalità giudiziaria. Tuttavia, come ovvio, oltre a contrastare con la dogmatica amministrativa, non trova riscontro nel sistema sociale, al punto che i precedenti si servono di questo come di una verità, un punto di partenza.

Davanti all'analisi dei precedenti attorno a questa terza corrente, si distingue la decisione presa nell'Agravo Regimental nel Ricorso Straordinario n. 665.764 – Rio Grande do Sul, in cui si afferma anche che la realizzazione del diritto alla salute porta alla sostituzione

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47/PE – Rel. Min. Gilmar Mendes. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União. Ministério Público Federal. Ministério Público do Estado de Pernambuco. Município de Petrolina. Brasília, DF. j em 17.03.2010. Publicado em 30.04.2010. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087061/agreg-na-suspen-sao-de-liminar-sl-47-pe>>. Acesso em: 16 out. 2013.

della tradizionale – o liberale – interpretazione della separazione dei poteri con una forte interpretazione aggiudicativa, nella cui genesi si trovano premesse di uno Stato Sociale in cui, tra l'altro: (i) si pretende un'azione positiva dello Stato; (ii) si evidenzia che le norme programmatiche non sono premesse inconseguenti; (iii) si legittima il diritto alla salute come diritto pubblico indisponibile.

1.9 Responsabilità Solidale Degli Enti Pubblici

1.9.1 Da un'altra prospettiva, è uniforme, all'interno della giurisprudenza analizzata, la responsabilità solidale degli enti pubblici. È sempre stato normale per i poteri pubblici schivare l'onere di offrire un livello di salute dignitosa alla popolazione con la giustificazione per cui non sarebbe una loro responsabilità. A fine illustrativo, si cita il caso delle azioni presentate nei confronti degli stati-membri, i quali spiegano, nelle loro difese, che si tratta di un obbligo dell'Unione.

Da quanto esposto, non c'è possibilità che questo sotterfugio trovi eco nell'attuale linea adottata in ragione della consistenza della tesi della solidarietà e, fino ad oggi, l'alta Corte di Giustizia non ha dato comunicazione in altro senso. Si tratta di una ricerca della concretezza, conformemente a quanto si deduce dal Ricorso Straordinario n. 607.385/SC, interposto con il proposito di vedere concretizzato il relativo diritto alla salute attraverso l'ottenimento di medicamento.

La decisione ha avuto come fondamento l'argomento secondo cui la salute è dovere di tutti gli enti federati. Spetta alla parte scegliere se inoltrare domanda a uno solo, a due o a tre enti (municipio, stato e Unione). Nel caso commentato, l'autrice ha presentato domanda giudiziale solo nei confronti dello Stato di Santa Caterina. La tutela processuale è stata riconosciuta²⁵.

Allo stesso modo, nel Ricorso Straordinario n. 641.916, l'autrice, di settantotto anni, ha interposto ricorso con la pretesa che gli enti statali (Unione, Stato e municipio) fornissero diversi medicinali per combattere il diabete, l'ipertensione, la cataratta, l'osteoporosi, la tiroide e l'aritmia cardiaca. Il STF ha concesso quanto fino allora negato dalle

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 607.385/SC – Rel. Min. Cármen Lúcia Requerente: Estado de Santa Catarina. Requerida: Elisa Meira Fernandes. Brasília, DF. j em 19.04.2011. Publicado em 12.05.2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=88&dataPublicacaoDj=12/05/2011&incidente=3814696&codCapitulo=6&numMateria=68&codMateria=3>>. Acesso em: 16 out. 2013

istanze precedenti via tutela anticipata, così come ha inserito l'Unione nel polo passivo. Prima di ciò, l'autrice è passata per un lungo processo, incluso il fatto che il ricorso in origine era stato negato, il che ha motivato l'interposizione dell'agravo nel despacho negatório e, a seguire, l'agravo regimental²⁶.

Sempre per mezzo dell'Agravo Regimental in Recurso Straordinario n. 271.286-8, il Municipio di Porto Alegre ha inoltrato richiesta di riforma della decisione che lo obbliga al fornimento dei medicinali al cittadino portatore di HIV. La protesta si serve dei seguenti fondamenti: (i) non sarebbe sua la competenza, bensì dello Stato di Rio Grande do Sul; (ii) intacca il principio della separazione dei poteri. Ha prevalso la tesi per cui le entità pubbliche sono solidali per quanto riguarda il diritto indisponibile alla salute. Secondo questa tesi, con fulcro nell'art. 196 della Costituzione Federale, il ricorso è stato bocciato. La sentenza ha fatto uso di una vasta argomentazione teorica²⁷.

D'altra parte, si menziona che è preoccupante la gran parte delle azioni in tramite a sfavore dei municipi che, nella maggioranza dei casi, non hanno condizioni per assumere quest'onere, soprattutto perché ricevono la quota minore di stanziamenti del bilancio, infima se paragonata a quella dei rispettivi stati e dell'Unione.

1.10 Erogazione Farmaci Che Non Constano Negli Elenchi Dell'Anvisa Né Nelle Farmacie Pubbliche

1.10.1 Nella miriade razionale della Corte Suprema (teoricamente corrispondente alla Corte di Cassazione italiana) ci si trova di fronte al superamento di ostacoli recentemente ritenuti come insormontabili dalla giurisprudenza, in tal modo che nuove cure ancora non inserite nell'elenco dell'ANVISA possono essere fatte, a patto che ci sia comprovazione della necessità nel caso preso in considerazione. Dovuto a questi precedenti, quel

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 641916 – Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia. Requerente: Valentina Mikulski Babinski. Requeridos: União. Estado do Paraná. Município de Curitiba. Brasília, DF. j. em 31.05.2011. Publicado em 08.06.2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22935595/recurso-extraordinario-re-641916-pr-stf>>. Acesso em: 16 out. 2013.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 271.286-8/RS – Rel. Min. Celso de Mello. Agravada: Cândida Silveira Saibert. Agravada: Dina Rosa Vieira. Agravante: Município de Porto Alegre. Brasília, DF. j. em 11.09.2000. Publicado em 24.11.2000. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/779142/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-271286-rs>>. Acesso em: 16 out. 2013.

che si riconosce è che la burocrazia statale non è riuscita a stare al passo con l'evoluzione della medicina, che è stata molto più agile.

Così il Potere Giudiziario e lo stesso Stato, per mezzo di agenzie o altri organi legati alla sanità, può riconoscere che, in un caso specifico, si fa necessario servirsi di un altro farmaco o cura non ancora messo in uso dallo Stato brasiliano, ma che possiede l'avallo della comunità scientifica e può portare benefici all'ammalato. Con lo stesso scopo cure già disponibili nella rete privata e non diffuse dal potere pubblico, sia in ragione dell'alto costo sia del grado d'innovazione tecnologica, quando necessarie alla cura dell'interessato saranno pagate dallo Stato.

Il Ricorso Straordinario con Agravo (Aggravio) n. 635.381/RS presentato dallo Stato di Rio Grande do Sul pretendeva la riforma della sentenza proferita dal Tribunale di Giustizia di detto Stato, con cui si è concessa l'erogazione di farmaci non presenti nell'elenco delle farmacie pubbliche. La sentenza ha determinato l'obbligo per i tre enti federativi di fornire farmaci in modo solidale. Come fondamento ha riaffermato che il diritto alla salute deve essere rispettato dallo Stato²⁸.

Inoltre mediante interposizione di (Ricorso Incidentale) Recurso de Agravo de Instrumento n. 817.241/RS, lo Stato di Rio Grande do Sul ha determinato che fosse riformulata la decisione che lo obbliga a fornire gratuitamente farmaci non presenti nell'elenco delle farmacie pubbliche. La tesi della Corte Suprema di Cassazione è che nonostante il carattere programmatico dell'art. 196 dell'ordine costituzionale in vigore, spetta sì allo Stato – ivi inclusi Unione, stati e comuni – far rispettare tale diritto di fronte ad un imminente rischio di perdere la vita²⁹.

Un altro caso celebre è stato Agravo Regimental nell'Azione Cautelare n.2.267/PR, nel quale la citata tecnica giuridica richiedeva la riconsiderazione della decisione in ricorso, nel senso di confermare la solidarietà degli enti pubblici della federazione con lo scopo di fornire

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo 635381/RS – Rel. Min. Joaquim Barbosa. Requerente: Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Valzumiro Zanatta. Brasília, DF. j em 23.02.2011. Publicado em 05.04.2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18674902/recurso-extraordinario-com-agravo-are-635381-rs-stf>>. Acesso em: 16 out. 2013.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 817241/RS – Rel. Min. Joaquim Barbosa. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Branca Odete Mendes Acosta. Brasília, DF. j. em 30.09.2010. Publicado em 14.10.2010. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AT%24%2ESCLA%2E+E+817241%2ENUMER%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tin?url.com/mby3qfa>>. Acesso em: 16 out. 2013.

farmaci. Il ricorso è stato riconosciuto e si è provveduto. È rimasto tutelato il diritto alla salute sotto l'egida della solidarietà pubblica³⁰.

In sintonia con l'erogazione obbligatoria di farmaci, si menziona anche la sentenza nella quale lo Stato di Espírito Santo desiderava riformulare la decisione che aveva impedito ricorso straordinario mediante interposizione di atti di appello³¹. Tale ricorso mirava a riformulare la decisione emanata inizialmente in mandato di sicurezza, il cui contenuto garantiva l'erogazione di farmaci al paziente. Il ricorrente ha cercato di avvalersi di un vizio di forma per non adempiere la decisione che lo obbligava a fornire il farmaco in questione.

La sentenza, invece, tiene ad assicurare la manutenzione del diritto alla salute, caratterizzato dall'erogazione del farmaco richiesto. È stato giudicato, ad esempio, il ricorso di Agravo de Instrumento in Ricorso Straordinario n. 607.381/SC, con il motto di riforma di decisione del tribunale locale che ha concesso all'interessato la realizzazione di cura medica costosa a carico della ricorrente; la sentenza analizzata ha mantenuto la decisione sulla base dell'argomento che l'erogazione di farmaci è diritto fondamentale; non spetterebbe allo Stato imporre obiezioni³².

1.11 Estensione Del Concetto Di Diritto Alla Salute

1.11.1 Inoltre si è estesa l'erogazione di pannolini usa e getta come diritto alla salute, garantendosi a color che ne hanno necessità lo stesso status costituzionale riservato alla salute. In tale sentenza il

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Cautelar 2267/PR – Rel.ª. Min.ª. Cármen Lúcia. Agravante: Valentina Mikulski Babinski. Agravado: União. Estado do Paraná. Município de Curitiba. Brasília, DF. j. em 27.04.2011. Publicado em 04.05.2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18816013/agreg-na-acao-cautelar-ac-2267-pr-stf?ref=home>>. Acesso em: 16 out. 2013.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 523756/ES – Rel. Ministro Cezar Peluso. Embargante: Estado do Espírito Santo. Embargado: J.T.D.O. Brasília, DF. j em 21.01.2010. Publicado em 18.02.2010. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+523756%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/mtnfvdj>>. Acesso em: 16 out. 2013.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 607.381/SC – Rel. Min. Luiz Fux. Agravante: Estado de Santa Catarina. Agravado: Ruth Maria Rosa. Brasília, DF. j em 31.05.2011. Publicado em 17.06.2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+607381%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+607381%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4su8fe>>. Acesso em: 16 out. 2013.

Pubblico Ministero dello Stato di São Paulo ha avviato azione civile pubblica con lo scopo di obbligare il Comune di São Paulo a fornire pannolini scartabili a un'adolescente portatrice di paralisi cerebrale, tetraparesi spastica e deficit cognitivo. La richiesta è stata accolta in primo grado di giurisdizione e poi mantenuta in secondo grado. Appunto perciò il Comune di São Paulo ha interposto appello che ha portato nella sentenza ora analizzata, facendo leva sull'argomento secondo il quale pannolini non sarebbero coperti dal diritto alla salute. Non si tratterebbe di diritto alla salute, secondo il ricorrente. Questa tesi è stata rifiutata. L'appello è stato accolto. È prevalsa l'interpretazione estensiva al diritto alla salute con la manutenzione della decisione anteriore, la quale concedeva alla parte autrice la prestazione desiderata³³.

1.12 Superamento Della Riserva Del Possibile

1.12.1 Sul piano dogmatico, il dibattito sulla possibilità o meno di realizzazione del diritto alla salute da parte del Giudiziario ha sempre avuto come avversario il postulato della riserva del possibile. In riassunto ciò significa che le risorse sono scarse e le necessità sociali infinite. Perciò spetterebbe al Potere Esecutivo l'analisi di quello che è più importante. Su questa linea, lo Stato-giudice non potrebbe intervenire in quelle situazioni appunto perché non possederebbe fondi sufficienti; il che ha obbligato il gestore pubblico a concretizzare la riserva del possibile. Questa forte difesa, tante volte utilizzata come alibi, sia nella giurisprudenza sia nella teoria, così come dalla Pubblica Amministrazione, è completamente screditata dalla razionalità dello STF. Ciò avviene perché, secondo la Corte, si tratterebbe di valori costituzionali.

Il dibattito deve mantenersi a questo livello e non realizzarsi in grado inferiore, nel quale questioni secondarie, come quelle finanziarie, assumerebbero un ruolo di rilievo, secondo quanto afferma, tra gli altri, il Ministro Gilmar Mendes, *Agravo Regimental* nella *Sospensione della Sentenza non definitiva n. 47/PE*³⁴. Oppure a livello più ideologico, come

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em Recurso Extraordinário 646.235/SP*. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Requerente: Município de São Paulo. Requerido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Brasília, DF. Julgado em 01.08.2011. Publicado em 05.08.2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+646235%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/mcc3do2>>. Acesso em: 16 out. 2013.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n. 47/ PE*. Relator Ministro Gilmar Mendes. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União. Ministério Público Federal. Ministério Público do Estado de Pernambu-

fa il Ministro Marco Aurelio nel RE 368.564/DF,³⁵ quando ha affermato la sua non rassegnazione come contribuente, cittadino e giudice verso l'inerzia dello Stato, con l'ironia che la concessione del trattamento non avrebbe lasciato più povera la vedova. Di questa stessa sentenza conviene portare alla luce gli enunciati emessi dai Ministri Ayres Brito e Luiz Fux, nei seguenti termini: il Magistrato Brito spiega la comodità della riserva del possibile per lo Stato. È diventata una comoda scusa.

1.12.2 In sintonia, il Ministro Fux rimanda alla sua posizione dell'epoca in cui era Giudice presso Il Tribunale di Giustizia di Rio e Janeiro (TJRJ), poi Ministro della Corte Superiore di Giustizia (STJ), per poi infine, come Ministro della Corte Suprema di Giustizia (Corte di Cassazione italiana ma con alcune funzioni diverse), continuare a votare a favore dell'effettività della salute, con la constatazione che la giurisprudenza della Corte Suprema ha una concezione molto ampliativa su questo tema. Va oltre: porta al dibattito la tesi dell'anatomia della speranza, la quale, nel dire del premio Nobel di Medicina, professor Jerome Groopman, provoca nei pazienti l'emissione di un enzima che può prolungare la vita. Adottandola il Ministro Fux è favorevole a che lo Stato offra ai malati ogni cura che venga ad alimentare tale speranza, in quanto strettamente legata alla dignità della persona umana.

In un altro caso, in cui la riserva del possibile non ha trovato esito positivo, lo Stato di Amazonas ha fatto ricorso straordinario fondato sulla riserva del possibile, contro la sentenza che ha concesso alla parte coinvolta il diritto all'erogazione di farmaci. Tuttavia la decisione monocratica della Corte Suprema analizzata si colloca contro la riferita riserva del possibile, ed è positiva nell'affermare che detta riserva deve essere limitata alla manutenzione del minimo esistenziale³⁶.

co. Município de Petrolina. Brasília, DF. Julgado em 17.03.2010. Publicado em 30.04.2010. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087061/agregna-suspensao-de-liminar-sl-47-pe>>. Acesso em: 16 out. 2013.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 368.564/DF – Rel. Min. Marco Aurélio. Requerente: União. Requerido: Maria Euridice de Lima Casale. Brasília, DF. j. em 13.04.2011. Publicado em 10.08.2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+368564%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+368564%2EA CMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k59qe3j>>. Acesso em: 16 out. 2013.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 628293/DF – Rel. Min. Ricardo Lewandoski. Requerente: Estado do Amazonas. Requerido: Ministério Público do Estado do Amazonas. Brasília, DF. j em 02.08.2011. Publicado em 04.08.2011.

1.12.3. La riserva del possibile non ha trovato concordanza nemmeno presso i ministri più conservatori, per quanto riguarda l'attività giurisdizionale, come lo fa il Ministro Ricardo Lewandoski, dalla cui sentenza si rileva il Ricorso Straordinario n. 628.293/DF,³⁷ quando si è mantenuta l'idea per cui la riserva del possibile deve limitarsi al minimo esistenziale. In questo caso specifico lo stato di Amazonas ha interposto ricorso straordinario con lo scopo di vedere riformulata la sentenza che lo obbligava a fornire farmaci.

Nel fondare tale ricorso, il ricorrente, basandosi sulla scarsità di fondi e sulla necessità di richiamare l'Unione al processo, pretendeva che la sua richiesta fosse giudicata dalla Giustizia Federale, quel che è stato rifiutato monocraticamente addirittura dal relatore, giustificandosi tale rifiuto perché il richiedente può esigere da qualsiasi ente statale l'effettivazione del diritto alla salute e questa solidarietà non può mai essere utilizzata come ostacolo alla sua concretezza. Colpisce che la decisione sia stata proferita monocraticamente, il che denota come la questione sia pacifica, benché il relatore inizialmente nel giudicare il diritto alla salute si sia preoccupato dell'usurpazione di poteri.

Nella decisione Agravo Regimental in Ricorso Straordinario n. 393.175-0-RS,³⁸ la lite ha girato intorno all'erogazione di farmaci gratuiti per i portatori del virus HIV. Lo Stato si serve dell'argomento della scarsità di fondi per negare la richiesta di erogazione del farmaco. Il *decisum*, emesso dal Ministro Celso de Mello, ha affrontato la questione squalificando le tesi statali alla luce dell'effettività del diritto alla salute, come corollario del diritto alla vita. Le tesi dello Stato sono state classificate come meschine e secondarie di fronte al problema proposto³⁹:

Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22925013/recurso-extraordinario-re-628293-df-stf>>. Acesso em: 16 out. 2013.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 628293/DF – Rel. Min. Ricardo Lewandoski. Requerente: Estado do Amazonas. Requerido: Ministério Público do Estado do Amazonas. Brasília, DF, j em 02.08.2011. Publicado em 04.08.2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22925013/recurso-extraordinario-re-628293-df-stf>>. Acesso em: 16 out. 2013.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 393.175-O/RS – Rel. Min. Celso de Mello. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravada: Luiz Marcelo Dias e outro (A/S). Brasília, DF, j em 12.12.2006. Publicado em 02.02.2007. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+393175%2ENUMER%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+393175%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b53du76>>. Acesso em: 16 out. 2013.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 393.175-O/RS – Rel. Min. Celso de Mello. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul.

È rilevante pure commentare il mandato di sicurezza emesso dal Pubblico Ministero dello Stato di Ceará, in cui si richiedeva l'erogazione di farmaci di elevato valore economico per due portatori di malattia rara, denominata *Emoglobinuria*. In forma di sentenza non definitiva il *mandamus* è stato accettato. Di conseguenza lo Stato di Ceará ha richiesto la sospensione della misura al Presidente dello STF, sostenendo grave danno all'economia dello stato di Ceará, dato l'elevato valore della cura. La sentenza ha deciso nel senso di sostenere che l'alto costo del farmaco in sé non è motivo valido per giustificare la sospensione della sentenza provvisoria⁴⁰.

2 DIRITTO ALLA SALUTE, CORTE SUPREMA BRASILIANA E ATTIVISMO SIMBOLICO

2.1 Costituzionalismo Sociale e Corte Suprema

2.1 L'analisi del costituzionalismo è indissociabile dalla filosofia politica, dato che questa ha fornito il fondamento di quella tramite la sua base ideologica. Si risale al XVIII secolo, momento storico in cui l'Europa era governata da re che con mano di ferro gestivano il regno quasi unicamente secondo i loro interessi privati. In quel tempo il regno e i suoi sudditi erano visti dai monarchi e simpatizzanti (nobiltà) come parti di uno stesso pacco, regalatogli da Dio e benedetto dalla Chiesa, con il compito di servirli in tutti i loro capricci, perfino a scapito della vita stessa, se necessario⁴¹.

Quel periodo è conosciuto come Antico Regime. Di quel momento storico, allo scopo della ricerca, interessa soprattutto l'Inghilterra

Agravada: Luiz Marcelo Dias e outro (A/S). Brasília, DF. j em 12.12.2006. Publicado em 02.02.2007. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+393175%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+393175%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b53du76>>. Acesso em: 16 out. 2013.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança 4304/CE – Rel. Min. Cezar Peluso. Requerente: Estado do Ceará. Requerido: Relator do MS. Impetrante: Ministério Público do Estado do Ceará. Brasília, DF. j em 19.04.2011. Publicado em 02.05.2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SS%24%2ESCLA%2E+E+4304%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/luhdqpx>>. Acesso em: 16 out. 2013.

⁴¹ BONAVIDES, 2004. TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**. Bologna: Il Mulino, 1976. p. 43.

che, dopo la morte del re Riccardo I, Cuor di Leone, ha visto salire al trono il Re Giovanni Senza Terra che in un momento di crisi economica ha imposto al popolo e ai suoi baroni dure misure economiche e restrizioni allo spazio politico (queste ristrette ai baroni, perché l'uomo qualunque in quel momento non possedeva nulla).

La delusione nei riguardi del monarca ha fatto sì che i baroni si ribellassero. È scoppiata una guerra civile. Il risultato è stato la firma della famosa Magna Carta delle Libertà d'Inghilterra (1215), in cui per la prima volta sono stati garantiti diritti fondamentali all'uomo di fronte allo Stato, benché il suo formato fosse molto più quello di un accordo, un patto, che non propriamente una legge. È vero, però che l'allora re ha chiesto al papa il suo annullamento, il che ha dato avvio ad altri conflitti, cessati con il ristabilimento della Magna Carta da parte dei successori di Giovanni⁴².

2.2 Nel corso della storia il periodo assolutista, pur considerando le peculiarità di ogni regno, si caratterizzava essenzialmente per l'accettazione del potere assoluto del monarca, esercitato sull'amministrazione del regno e sui suoi sudditi. Ciò ha ovviamente dato adito a innumerevoli casi di atrocità e barbarie commesse dai monarchi che, con i loro atti hanno dilaniato il popolo e danneggiato la stabilità sociale ed economica dei loro paesi.

Quest'unificazione del potere assoluto a scapito di signori feudali e religiosi innegabilmente ha messo un seme per l'unificazione della codificazione e quindi per il costituzionalismo, nonostante il legislatore rappresentasse ancora la volontà del monarca⁴³. Questo, anche perché la frammentazione del Diritto, prima predominante, disturbava lo sviluppo economico della nazione. In quell'epoca ogni feudo possedeva delle regole proprie, in un ambiente sociale di convivenza con il diritto romano e canonico. Così, anche basandosi su quelle innumerevoli sovranità locali, si è consolidato il contesto sociale per l'unificazione intorno all'allora unico sovrano⁴⁴.

2.3 Poco a poco in mezzo a tale vicenda sociale è venuto alla luce il germe dell'idea sviluppata dai teorici conosciuti come giusnaturalisti,

⁴² BRITISH LIBRARY. Treasure in Full. **Magna Carta**. Disponível em: <http://www.bl.uk/treasures/magnacarta/shockwave/magna_carta_broadband.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

⁴³ SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 90.

⁴⁴ TARELLO, 1976, p. 45, 48-49, 51.

nella cui genesi si trova la difesa dei diritti naturali dell'uomo di fronte all'uomo stesso e allo Stato, indipendente dall'essere o meno positivizzati, perché secondo quest'ottica starebbero al di sopra di qualsiasi positivizzazione; sarebbero innati nell'uomo. E poi secondo i contrattualisti, tra i quali spiccano Hobbes, Locke e Rousseau, l'uomo ha trasferito parte della sua sovranità allo Stato perché questo proteggesse tutti quanti. Il potere dello Stato viene dalla sovranità trasferitagli dal popolo, senza la quale non potrebbe fare niente. Proprio perciò il sovrano non avrebbe poteri su alcuni diritti fondamentali dell'uomo. Ecco qui il seme del liberalismo sotto il nitido fuoco della limitazione del potere del sovrano⁴⁵.

Questo fenomeno politico-sociale è disegnato da Luhmann, tramite l'ottica della teoria politica classica, secondo la quale l'istituzione delle Costituzioni risale alla sovranità. Si cercava di regolare, e in alcuni casi dare sfogo, a nuclei di poteri inseriti nell'ordine sociale. Prima di ciò l'organizzazione era rivolta agli interessi del monarca e della Chiesa, non essendoci spazio per l'opposizione politica né per la stessa divisione dei poteri⁴⁶.

In realtà la centralizzazione del diritto promossa dal potere assoluto del re, prima benefica per l'economia, se non controllata, con la garanzia delle libertà o anche con la restrizione di imposizioni all'operare dello Stato, avrebbe finito per ostacolare i piani della borghesia. A partire da questo punto diventa necessario proteggere la proprietà, la libertà e i contratti del proprio monarca⁴⁷. Marcelo Neves, giustamente, sul tema individua nell'art. 16 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789 la materializzazione di tale ideale⁴⁸.

In effetti, si è pensato a un nucleo duro, dentro lo Stato, che potesse proteggere i sudditi – che gradualmente sarebbero diventati cittadini – dalle prepotenze dei governanti. In quel nucleo sarebbero descritti valori rigidi e in alcuni casi immutabili, che poco a poco hanno portato al regime liberale, il quale è diventato la base ideologica del

⁴⁵ NEVES, 2005, p.14.

⁴⁶ LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. *In*: A cura di ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. **Il futuro della costituzione**. Torino: Giulio Einaudi, 1996b. p. 102. SARMENTO, 2012, p. 93, 101. NEVES, 2007, p. 57.

⁴⁷ SARMENTO, 2012, p. 92.

⁴⁸ NEVES, 2007, p. 61. Para a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ver FRANCE. Assemblée Nationale. **Declaration des droits de L'homme et du citoyen de 1789**. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>>. Acesso em: 05 out. 2013.

costituzionalismo, il cui sacerdozio può essere riassunto nella credenza nella necessità di un documento rigido con la previsione dei precetti da far rispettare allo Stato, soprattutto la limitazione del potere, la manutenzione dei diritti fondamentali, di tutti di fronte a tutti, con speciale rilievo alla restrizione dell'operato dello Stato di fronte ai cittadini, e la supremazia della Costituzione⁴⁹. A partire da tale scenario anche Luhmann espone che la Costituzione è il risultato di uno sviluppo evolutivo che porterà ad un'acquisizione evolutiva⁵⁰.

2.4 Secoli più tardi, come decorrenza da quello spirito critico-protettivo denominato costituzionalismo, è sorto un ramo della scienza del diritto che mira allo studio sistematizzato della Costituzione, così come a continuare a disseminare le premesse della protezione ai diritti fondamentali e a difendere la supremazia della Costituzione. Questo ramo è stato denominato diritto costituzionale, nella cui contestualizzazione mondiale si trova la protezione di valori simbolo quali: il dovuto processo legale, la separazione dei poteri e la legalità. Così è iniziata la strada verso la concretizzazione dello Stato Costituzionale⁵¹.

Nei termini descritti da Niklas Luhmann, l'evoluzione sociale non avviene in forma rettilinea né omogenea⁵². Al contrario, è il risultato di un processo autopoietico, frutto essenzialmente della complessità e della contingenza sociale, senza prevedibilità e neppure una pianificazione rigida. Quest'affermazione tuttavia non serve a spiegare la costituzionalizzazione dello Stato Moderno. In questo caso c'è stato tutto un apparato direttivo culturale in questo senso, provocato da quanto descritto nei paragrafi precedenti, frutto di uno scenario sociale disuguale, il cui potere era esercitato in forma assoluta – non per caso, etichettato storicamente come Periodo dell'Assolutismo, il quale è stato fomentato da una necessità economica momentanea⁵³.

Secoli più tardi però la disuguaglianza sociale, generata dal regime liberale, diventa motrice dei cambiamenti sociali. I malefici del non intervento statale nei contratti di lavoro, ad esempio, hanno portato l'Europa a un mare di povertà, sfruttamento, rialimentando una forte

⁴⁹ NEVES, 2007, p. 61.

⁵⁰ LUHMANN, 1996b, p. 120. NEVES, 2007, p. 57, 60.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: LEITE, George Salomão; SALET, Ingo Wolfgang (Orgs.). **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 366. LUHMANN, 1996b, p. 83.

⁵² NEVES, 2006, p. 24. LUHMANN, 1983b, p. 193.

⁵³ LUHMANN, 1996b, p. 83-85.

tensione sociale che darà forza a dottrine di sinistra, come lo stesso marxismo: o ci s'incammina verso un'altra direzione o l'ambiente sociale è propizio a nuove rivoluzioni. Si commenta in questo senso che anche regimi totalitari come il nazismo hanno approfittato di questa disuguaglianza senza controllo per conquistare adepti e rinforzare la loro filosofia politica.

Esattamente perciò, con il passare del tempo, il costituzionalismo strutturale viene ripensato per, poco a poco, dar luogo al costituzionalismo operativo, che metteva un'enfasi maggiore nel raggiungimento della sua concretizzazione sociale. Questa prospettiva è stata molto ben fondata nel secondo dopoguerra e identificata nella giurisprudenza delle corti costituzionali, con la finalità di concretizzare valori costituzionali, alcuni fino allora ritenuti solo programmatici. Non si fa a meno della protezione costituzionale da parte dello Stato, però da quel momento in poi ci si aspetta concretezza sociale. Su questa linea lo Stato non potrà più esimersi dall'operare positivamente nella ricerca instancabile della concretezza sociale, in modo che l'uguaglianza passa ad essere il principio predominante, senza che per questo vengano meno avanzzi sociali ormai conquistati⁵⁴.

In un'altra reazione teorica agli atti lesivi della Seconda Guerra Mondiale, si è costituito un movimento teorico che si è autodefinito neo costituzionalismo, che predicava idee come: più giudici e meno legislatori; più principi e meno regole; più ponderazione e meno aggiudicazione; più concretizzazione e meno interpretazione. Proprio per questo, ci si rende conto che il neo costituzionalismo ha come bandiera la concretezza del testo costituzionale, soprattutto l'enfasi sui diritti fondamentali (ivi inclusi quelli sociali, ovviamente) e sull'operato del Potere Giudiziario all'interno di questo nuovo processo di esegesi costituzionale. Anche a prescindere dall'aspirazione a questa effettività, la ricerca empirica ha dimostrato che ci si lamenta delle decisioni riguardo al diritto alla salute tramite la formula di contingenza in cui sistemicamente si promuove la dicotomia: coerenza teorica – adeguazione sociale, affinché le decisioni giudiziarie si adeguino alle nuove realtà⁵⁵.

Sotto questa luce, se non è corretto difendere un'attuazione giurisdizionale sprovveduta della capacità di rendere effettivi i diritti sociali, non è meno vero che c'è un grande simbolismo nel ratificare che

⁵⁴ SARMENTO, 2012, p. 102-105.

⁵⁵ LIMA, 2012a, p. 1-11; LIMA, Fernando Rister de Sousa. Qual a justiça possível de ser alcançada na decisão judicial? **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC/SP**. São Paulo: PUC/SP, v. 2, p. 01-11, 2009a.

la Corte Suprema giudichi senza preoccuparsi delle eventuali conseguenze finanziarie delle sue decisioni, dato che – come Corte Costituzionale – deve mantenere l’equilibrio tra i sottosistemi sociali. Pertanto se da una parte deve giudicare con autonomia funzionale e operativa, da un’altra deve relazionarsi con sistemi sociali, assorbendo le loro rispettive comunicazioni come irritazione all’ambiente, atta a promuovere variazione, selezione e stabilizzazione⁵⁶.

2.5 Dalla lettura dei paragrafi precedenti si deduce, sinteticamente, che l’economia ha avuto un ruolo importante nel modello teorico del costituzionalismo, e forse anche dello sviluppo sociale in generale, come ha affermato Luhmann⁵⁷. Perciò vale la pena ricordare molto brevemente che l’economica mondiale viene oscillando molto. Prova di ciò è che non sono stati pochi gli interventi miliardari che il governo nordamericano ha fatto nella sua economia, così come la gigantesca crisi che angaria il Vecchio Mondo, che letteralmente ha messo l’Europa sull’orlo di un collasso finanziario, per cui si è arrivato addirittura a parlare di rottura dell’euro da parte di alcuni paesi, come la Grecia⁵⁸. Ed è appunto in questo nuovo scenario culturale ed economico che la ricerca materializza la raccolta di dati con le digressioni prima analizzate, soprattutto con lo scopo di rispondere se l’operato del STF è simbolico o effettivo.

3 ATTUAZIONE SIMBOLICA DEL SUPREMO TRIBUNALE FEDERALE

3.1 D’accordo con quanto già detto, la concettualizzazione del vocabolo “simbolico”, a livello teorico, è eterogenea. Precisamente nel senso della ricerca, manifesta già nel titolo del testo, l’attuazione simbolica del STF, *a priori*, sarà caratterizzata dalla prevalenza nella sua “razionalità giuridica” del significato “politico-ideologico”, qui materializzata dall’attuazione giurisdizionale a sfavore della concretizzazione normativo-giuridica. La decisione simbolica verrebbe ad assumere, quindi, una finalità di alibi sociale e non di lotta per la realizzazione dei valori normativi⁵⁹.

⁵⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 201-202. NEVES, 2007, p. 64.

⁵⁷ LUHMANN, 1983b, p. 197. LIMA, 2009b, p. 36.

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. Do Estado neoliberal ao Estado neo-social. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 06.11.2008, p. A3.

⁵⁹ NEVES, 2007, p. 19, 30-31. NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Costituzionalizzazione simbólica e decostituzionalizzazione di fatto**. Traduzione Michele Carducci. Lecce: Pensa, 2004. p. 29 e 32.

Alibi inteso come un meccanismo di effetto “politico-ideologico”, di giustificazione alle pressioni sociali. Nel frattempo, la tesi realizza un cambiamento di paradigma, considerando che Neves ha analizzato il simbolismo della Costituzione Federale e la ricerca, a sua volta, si concentra sulla giurisprudenza della Corte Suprema⁶⁰.

Dietro la concezione simbolica di Neves c'è tutta una costruzione teorica, fondata soprattutto su Kindermann e su Gusfield, con un chiaro obiettivo di sistematizzazione. In questa direzione, troviamo una classificazione delle leggi simboliche nel seguente formato: (i) legislazione come conferma dei valori sociali; (ii) legislazione come alibi; (iii) legislazione come impegno futuro. La prima situazione si dà quando occorre una forte polarizzazione ideologica condotta da gruppi social ovviamente antagonisti e ideologicamente conflittuali. La rivalità arriva in Parlamento in modo che un lato esca vincitore nella votazione di un determinato progetto di legge. In alcuni casi, si tratta addirittura di un litigio religioso, com'è avvenuto tra i protestanti e i cattolici nel caso della Legge Secca negli Stati Uniti d'America. L'approvazione della legge che vietava la vendita delle bevande alcoliche è stata per i nativi (protestanti) una grande vittoria contro gli immigrati (cattolici), indipendentemente dall'effettività sociale della norma⁶¹.

3.2 La legislazione come conferma dei valori sociali è il primo esempio di legislazione simbolica dimostrato da Marcelo Neves. È curioso, per quanto sembri inconsueto, che i movimenti sociali si accontentino di una conquista legislativa e non si preoccupino della realizzazione dei valori contemplati. Neves elenca esempi, come quello della Legge Secca nordamericana in cui i protestanti, a favore della legge, ostacolarono una battaglia politica portata avanti dai cattolici, contrari alla sua approvazione. Fondandosi su Gusfield, Neves sostiene che per i protestanti l'approvazione della legge era importante in quanto scontro tra forze piuttosto che per i valori che la legge veniva a concretizzare nel mondo fattuale⁶². Possiamo anche considerare, da un altro punto di vista, che l'effettività sociale sia importante, ma in secondo piano rispetto alla vittoria politica contro l'altro gruppo sociale.

La seconda ipotesi formulata da Neves si sofferma sul concetto di legislazione come alibi. Nesta, il legislatore, ha avuto come obiettivo quello di conquistare l'opinione pubblica. Molte volte, si richiede al

⁶⁰ NEVES, 2007, p. 1-3.

⁶¹ NEVES, 2007, p. 33-36.

⁶² NEVES, 2007, p. 33-36.

parlamento una postura immediata per risolvere problemi sociali, di qualsiasi tipo, anche se di fatto la legislazione non è in grado di risolvere, come per magia, il problema. Questa espressione: “legislazione-alibi”, sopra menzionata, è stata coniata da Kindermann. Essa include situazioni come quelle presenti nei processi elettorali, in cui i politici fanno pubblicità dei propri atti, per conquistare più elettorato o anche solo mantenere quello che già avevano⁶³.

3.3 Sempre dal punto di vista del simbolismo, Marcelo Neves, supportato da Freud e Gusfield, ognuno nel proprio contesto teorico, sviluppa un ragionamento sul significato latente e manifesto delle norme giuridiche, aggiungendo un acuto concetto sulla legislazione simbolica, la quale sarebbe, in altre parole, un comandamento con l’illusione di una funzione manifesta. Non si è preteso che i valori da essa stabiliti fossero resi effettivi attraverso la pubblicazione. In modo latente- nascosto-, si è mirato a un’altra finalità, ad esempio, di tipo politico-ideologico⁶⁴.

Le rivendicazioni sociali davanti al sistema politico provocano una reazione comunicativa. Nel caso della produzione legislativa, nuove leggi saranno votate e approvate davanti ai clamori sociali. È curioso che, in alcune situazioni, i legislatori hanno coscienza dell’inefficacia sociale di una nuova legge. La sua approvazione non le conferirà socialmente forza coercitiva, almeno non rilevante. A prescindere da questa coscienza, facendosi essa necessaria, è creata come un “alibi” con l’obiettivo di rafforzare momentaneamente la fiducia popolare nel governo. Nonostante ciò, quest’artificio può, in un secondo momento, generare un effetto inverso, rafforzando la sfiducia verso i politici⁶⁵.

L’idea di estendere la risoluzione di un problema sociale è relazionata, in linea di massima, alla gravità del problema in questione. Trattandosi di un problema grave, di difficile soluzione, si cerca di posticiparlo attraverso la creazione di misure palliative. Come prova di questo fatto, si trovano in Brasile, in alcune regioni, vere borse della miseria; una situazione originata da una realtà economico-sociale negativa molto forte, non risolvibile in breve tempo. Proprio per questo, il governo brasiliano ha coniato diversi programmi assistenziali, etichettati come “borse”, i quali, nel senso sopra menzionato, alleviano, ma non risolvono, la situazione. Senza nulla togliere a quest’analisi, l’idea qui è un’altra: il parlamento vede la necessità di dare una risposta agli elettori, tuttavia, non

⁶³ NEVES, 2007, p. 36-37.

⁶⁴ NEVES, 2007, p. 22-33. NEVES, 2004, p. 27-28.

⁶⁵ NEVES, 2007, p. 36-41. NEVES, 2004, p. 28-29.

ha il consenso per quel che riguarda le misure che devono essere prese per risolvere il problema. In questo modo, davanti all'immediata esigenza di una risposta, si raggiunge un accordo che dà ad una determinata norma che tutti sanno non risolverà il problema. Si tratta di un modo di dare una risposta (sebbene sterile) alle lamentele della società⁶⁶.

4 ATTUAZIONE EFFETTIVA DELLA CORTE SUPREMA

4.1 Le norme costituzionali non sono dei semplici consigli. Ben diversamente, costituiscono la base del diritto. Tutto ha origine da queste, e proprio per questo lo Stato ha l'obbligo di fare in modo che il suo contenuto venga reso effettivo, prima dentro il proprio sistema per poi concretizzarlo a livello sociale. Lasciando, quindi, da parte le discussioni ideologiche e scientifiche sull'efficacia costituzionale, la sua forza vincolante è indiscutibile. La Costituzione non è un insieme semplice di idee, aspirazioni e desideri ma, al contrario, è la loro materializzazione attraverso il diritto; si tratta della loro trasformazione in un sistema di regole vincolanti per la società e per lo Stato. Ciò obbliga il sistema giuridico, ad esempio, a promuovere l'inclusione generalizzata degli esclusi, anche nei diritti sociali, quando necessario⁶⁷.

Questa positività vincolante è caratteristica dello Stato Moderno così come si è evoluto, come descritto da Luhmann. L'aumento di complessità della società ha portato la differenziazione sistemica ad esplicarsi nelle norme poste, con forza vincolante anche per il gestore pubblico⁶⁸. Anche perché ciò che differenzia il diritto è proprio l'imposizione delle condotte, figuriamoci quando questi precetti siano previsti nella legge delle leggi, a cui tutto e tutti sono subordinati. Da qui la ragione per cui la giustizia sociale ampiamente prevista nella Costituzione Federale – art. 6°, 7°, 170, 193, 208, inc. I, non può essere vilipesa da nessun individuo, ancor meno dallo stesso Stato, suo guardiano per eccellenza, anche quando i versi costituzionali siano considerati programmatici, come specifica Bandeira de Mello⁶⁹.

A questo ragionamento si deve aggiungere che le leggi e gli atti amministrativi, ovviamente applicati dallo Stato nelle sue diverse

⁶⁶ NEVES, 2007, p. 36-41. NEVES, 2004, p. 28-29.

⁶⁷ NEVES, 2007, p. 77.

⁶⁸ LUHMANN, 1996b, p. 102.

⁶⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 11-13. VILANOVA, 2000, p. 74.

dimensioni, hanno sempre come fine la realizzazione dell'effettiva giustizia sociale. È bene dire anche che il legislatore più alto- quello costituzionale – è arrivato al punto di caratterizzare come crimine di responsabilità del Presidente della Repubblica, nell'art. 85, inc. III, la pratica di quegli atti che violino, tra gli altri, i diritti sociali. E non finisce qui. La propria Costituzione – anche come autodifesa – prescrive, precisamente nell'art. 102, inc. I, “a”, l'azione diretta di dichiarazione di incostituzionalità indirizzata alla Corte Suprema. D'accordo con questi criteri, la stessa Legge Maggiore stabilisce la possibilità-dovere di eliminare gli atti disarmonici con le sue direttrici⁷⁰.

4.2 La Costituzione Federale ha anche una funzione di limite cognitivo. Questo significa che la politica non può, con i suoi atti, sacrificare le promesse in essa stabilite. Allo stesso modo la Pubblica Amministrazione, quale struttura del menzionato sistema parziale, non può non tener fede a questi valori. Tuttavia, la forza costituzionale non riesce a evitare che ciò avvenga, che lo stesso sistema politico mantenga e metta in pratica i valori e gli obiettivi costituzionali. Davanti a queste delusioni, spetterà al sistema di diritto mantenere le promesse frustrate⁷¹. Anche perché, secondo Talcolt Parsons, il diritto non è una categoria descrittiva di comportamenti già realizzati, bensì di norme, modelli e regole che devono essere applicati alla collettività. Proprio per questo, Parsons, lo vede come un meccanismo di controllo sociale generalizzato, perché prescrive condotte in tutti i campi della società, e con un obiettivo d'integrazione, avendo anche come fine quello di mitigare i conflitti sociali, lubrificando i meccanismi di relazione sociale⁷².

4.3 A prescindere dall'esito della funzione giuridica, la delusione (la mancanza di effettività sociale della norma) è inerente al processo sociale di differenziazione. Nessun meccanismo sociale la può escludere (evitarla per sempre). Dall'altro lato, la differenza tra le promesse normative e quelle cognitive è che, nel primo caso, il sistema parziale di diritto continuerà a emettere una comunicazione differenziata con lo scopo di combattere le delusioni originate dalla sua non effettività, mentre, nel caso delle cognitive, il sistema imparerà dalle delusioni non andandovi contro⁷³.

⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 35.

⁷¹ MANSILLA; NAFARRATE, 2008, p. 387-389.

⁷² PARSONS, 1981, p. 85-86. BARROSO, 2012, p. 384.

⁷³ LUHMANN, 1981, p. 80-83.

Trasportando questo ragionamento al diritto alla salute, si afferma con certezza che le parti litiganti siano in dubbio su quale sia il vero contenuto di una determinata promessa normativa, almeno in tesi, senza considerare i casi di mala fede. Loro (cittadino e Stato) non sono d'accordo sul reale contenuto della norma applicabile al caso concreto. Ad esempio, si ha o non si ha diritto a un determinato trattamento? Inoltre, potrà non esserci consenso su quale norma debba essere applicata in una certa situazione. Senza voler togliere importanza a ciò, dopo che la decisione giudiziaria avrà stabilito quale è il vero contenuto che ha immediata forza esecutiva, la parte soccombente deve prenderne atto.

A partire da questo momento dovrà rispettare il contenuto imposto dalla decisione, sotto pena di sanzioni ragionevoli, soprattutto perché la differenza tra le aspettative normative e cognitive – pragmaticamente parlando – diventa chiara solo con la comunicazione differenziata, ossia, con l'emissione della comunicazione binaria⁷⁴.

Ad onore del vero, si ricordi che al di là di questo scenario teorico, l'effettività del diritto si riassumerà decisamente nell'applicazione o meno da parte del pubblico ufficiale, sia nel caso dell'Amministrazione, sia in quello del Giudiziario. Anzi, nel gioco democratico la Corte Suprema è, in teoria, l'ultima trincea per quel che riguarda la concretizzazione o meno del diritto alla salute⁷⁵. Questo, senza paura di riconoscere che, come noto, la funzione organizzatrice del potere spetta alla politica e non al diritto. Tuttavia, quando l'ingegneria politica non basta a garantire diritti previamente approvati dal sistema politico, l'individuo è motivato a battere alle porte del Potere Giudiziario per rivendicare il suo diritto alla salute. In questa prospettiva, sarà dovere dei giudici realizzare, anche attraverso reiterate decisioni giudiziarie quando necessario, la concretezza sociale di un diritto costituzionalmente garantito, se non vuole che anche il suo stesso ruolo istituzionale sia considerato simbolico, soprattutto quando si aspira ad uno Stato Sociale nel quale l'obiettivo immancabile è l'uguaglianza come matrice sociale.

Come affermato nell'item 2, si sostiene che ci sia stato un cambiamento di paradigma nel costituzionalismo mondiale. Alcuni paesi, come il Brasile- come ben ricordato poco fa da Celso Antônio Bandeira de Mello- hanno scolpito nel loro certificato di nascita, ossia, nella Costituzione Federale, il compito di promuovere la giustizia sociale. Nel caso del Brasile, non è che i privati e il pubblico abbiano protetto lo

⁷⁴ NEVES, 2007, p. 135-136. FEBBRAJO, 1985, p. 29.

⁷⁵ BARROSO, 2012, p. 385.

spazio politico e giuridico a tal fine, come cita – volendola prendere a riferimento- la Costituzione nordamericana; ma piuttosto lo hanno difeso con l’impegno a far valere i diritti sociali, come quello alla salute, tanto per mezzo di politiche pubbliche quanto di rivendicazioni giudiziarie⁷⁶.

5 AGGIUDICAZIONE E SIMBOLISMO

5.1 Storicamente, non si può parlare di diritti di seconda dimensione, come quelli sociali, senza l’intervento dello Stato. I diritti sociali si rinnovano in prestazioni positive, avendo come fine il raggiungimento del bene comune e della giustizia sociale⁷⁷. Una cosa è implicita nell’altra. Infatti, le ipotesi sono due: o i citati diritti esistono realmente, e allora questo implicherebbe l’obbligo di attuazione da parte dello Stato, o, semplicemente, non esistono. In questo secondo caso, poiché esistono nella norma costituzionale, non resterà che definire questa norma simbolica, almeno per quel riguarda l’argomento in questione.

I diritti sociali, positivizzati dalla legislazione comportano programmi per lo Stato, diversamente da altri diritti previamente esistenti. Alterare un ordine costituito non è un compito facile. Notoriamente, quando questo processo deve essere compiuto senza determinare una rottura drastica con l’ordine precedente (come accadrebbe in una rivoluzione), avviene attraverso l’implementazione di politiche pubbliche o, quando siano inefficaci, mediante attuazione giurisdizionale. Questo processo distributivo esige una logica diversa da quella del tradizionale processo di aggiudicazione. Si richiede una certa razionalità nel giudicare in modo più raffinato che il semplice giusto o sbagliato, cosicché si esigerà dal giudice un’analisi globale della situazione, la quale esce dal menzionato binomio (giusto o sbagliato) al fine di avvicinarsi il più possibile ad una decisione equa⁷⁸.

Conseguentemente a questo concetto, si ha un tutto; un bene comune che avrà bisogno di essere diviso ed essere distribuito a ognuno. Spetta al magistrato, dentro il processo giudiziario, il compito di rivedere questo criterio di divisione fatto dalla Pubblica Amministrazione, in un modo che darebbe luogo a un’ulteriore divisione volta a soddisfare

⁷⁶ SARMENTO, 2012, p. 106-112.

⁷⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 769 e 772.

⁷⁸ LOPES, 2006, p. 233-235.

sempre meglio la volontà della legge⁷⁹. È bene ricordare, su questa linea, che i diritti soggettivi – come quello alla salute- sono costruzioni storiche. La sua positivizzazione è anch'essa un'acquisizione evolutiva della società moderna. Dall'altro alto, intenderlo come diritto completamente obiettivo, per così dire, posto e imposto a tutto e tutti, non fornisce indicazioni sulla sua funzione nella società attuale, in un contesto di razionalità sostenibile a lungo termine. Anche per questa ragione, questa prospettiva di analisi dei diritti soggettivi, sprovvista di un equilibrio sociale, portò Luhmann ad etichettarli come diritti ingiusti⁸⁰.

5.2c La razionalità della Corte Suprema per quel che riguarda il diritto pubblico soggettivo alla salute come diritto individuale, indisponibile, è molto ben definita nel senso della sua effettività nei casi individuali. Ciò arriva ad essere quasi incontroverso, considerando l'analisi dei precedenti elencati nella ricerca. Dall'altra parte, la questione del diritto alla salute come diritto pubblico sociale ha ancora molta strada da fare. Sebbene sia ancora utilizzata come retorica per giustificare quello individuale, la questione globale, complessa, che gira intorno a questo problema, non ha ancora preso una direzione. In questo percorso, il suo universalismo sociale è innocuo, manca però osservare se le parti romperanno o no le barriere imposte dalla giurisprudenza difensiva del STF per manifestarsi nella decisione del suo ricorso. Intanto, l'uguaglianza di ogni individuo di ricevere la sua parte al diritto alla salute, finisce per essere svilita o ignorata⁸¹.

5.3 Il problema di giudicare casi di diritto alla salute coinvolge in qualche modo la giustizia commutativa e distributiva. I giuristi, molto a causa di una formazione teorica tradizionale, è comune che non accettino di affrontare questioni della distribuzione della ricchezza. Contrariamente a ciò, è di routine la risoluzione delle questioni commutative, come si trattasse di un processo di aggiudicazione. In questi termini, i tribunali non sono preparati per un'analisi globale dei diritti e dei ricorsi per renderli effettivi, ovviamente per la necessità di ripensare la questione in modo interdisciplinare – in sintonia, per esempio, con l'economia e la Pubblica Amministrazione. Questa difficoltà di affrontare il problema in una prospettiva distributiva può trovare giustificazione in un ostacolo culturale, frutto di un'educazione liberale, e nel caso del Brasile, ancora come vestigio di un'eredità sociale tradizionale in cui per molti anni solo i figli

⁷⁹ LOPES, 2006, p. 142.

⁸⁰ LUHMANN, 1990b, p. 299, 305.

⁸¹ LOPES, 2006, p. 256-259.

dell'élite studiavano Giurisprudenza all'università. Questo scenario influenza l'Eccelsa Corte nel senso di una reticenza a ragionare in modo distributivo⁸².

La stessa Corte ha già affrontato una situazione simile di cambiamento di paradigma quando, nella Vecchia Repubblica, giudicò innumerevoli richieste di proibizione all'attività statale di salute pubblica, comandati dall'allora impopolare Osvaldo Cruz. In quel momento, valori liberali tanto in voga all'epoca, come la stessa libertà, sono nati con l'intento di combattere diverse malattie contagiose risultanti da una grave epidemia che il Brasile affrontava. Il processo è passato alla storia con il nome "Rivolta del Vaccino", giudicato nel STF sotto la classificazione RHC 2244⁸³.

Si sostiene anche che il processo di positivizzazione giurisdizionale presupponga, come conseguenza intrinseca, l'ermeneutica della norma legale, o delle norme legali applicate al caso, così come dei fatti narrati dalle parti. Tutto ciò, inizialmente, in una vertenza individualizzata che solo dopo porta i fatti al processo di sussunzione. Durante questo processo non lineare, l'interprete realizza un processo intellettuale, il cui scopo è sviluppare questo ragionamento, che è influenzato dalla sua ideologia.

Una certa selettività è, perciò, inerente alla riferita operazione intellettuale d'interpretazione. Logicamente, però, nel momento dell'analisi tecnica della norma, le peculiarità della rispettiva specie normativa viene a galla, magari di quella costituzionale, la quale, secondo Luhmann, permettendo che il sistema giuridico preveda la sua stessa alterazione per mezzo di una nuova comunicazione differenziata nei limiti dell'autoreferenzialità del suo rispettivo binarismo, rappresenta l'apertura per il futuro⁸⁴.

5.4 Inoltre, nella stessa giurisprudenza analizzata, si è osservato come la garanzia al diritto alla salute, quale bene inalienabile, indisponibile, sia propriamente un diritto pubblico soggettivo. Ovviamente, come già messo per iscritto, la Corte Suprema, soprattutto grazie ai voti del

⁸² BARROSO, 2012, p. 375.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 2244 – Rel. Min. Hermínio Espírito Santo. j em 31.01.1905, Publicado em 03.02.1905. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=STFPaginaPrincipal1>>. Acesso em: 09 out. 2013. LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ; Rafael Mafei Rabelo Queiroz; ACCA, Thiago dos Santos. **Curso de História do Direito**. São Paulo: Método, 2006. p. 489.

⁸⁴ LUHMANN, 1996b, p. 100. NEVES, 2005, p. 8.

Ministro Celso de Melo, ha creato questa garanzia nella sua giurisprudenza. Senza sottovalutare questa conquista storica, ora comincia ad avanzare l'idea che la pratica reiterata da tutti i tribunali brasiliani di questa visione commutativa, sicuramente porterà alla rottura del sistema politico, condurrà lo Stato a una rottura generalizzata per flagrante scarsità di risorse. Questo senza dire che, giudicando in questo modo si riduce, e molto, la forza riflessiva che la Costituzione Federale dovrebbe offrire⁸⁵.

Con questa prospettiva non c'è modo di non sollevare una riflessione sulla metodologia con cui si giudica un litigio di questa natura, una volta che si potrebbe semplicemente decidere a favore del menzionato diritto, senza preoccuparsi delle sue conseguenze o, altrimenti, senza per questo disprezzare il diritto, promuovere un'analisi globale della situazione⁸⁶. Oltre a ciò, ricordiamo che, modernamente, la funzione del diritto risiede nella sua efficienza selettiva, in relazione continua con la società, citando Luhmann. L'evoluzione del diritto dipenderà molto da come lo stesso diritto reagirà alle modifiche della società nel corso del tempo⁸⁷.

5.5 A dire il vero, le decisioni della Corte Suprema per quanto riguarda il tema del diritto alla salute, affrontato come una questione distributiva, è lontano dall'ideale. È doveroso ricordare l'udienza pubblica realizzata dal Magistrato Gilmar Ferreira Mendes, allora Presidente della Corte Suprema, in quanto occasione in cui si è cercato di capire il problema in modo globale. Anche se le sentenze – a cominciare da allora – continuano ad avere una forma commutativa, già è stato fatto il primo passo. In questo scenario, alla parte in causa non resta che continuare a fare pressione sulla Corte Suprema attraverso ripetuti ricorsi di sua competenza; fatto che gradualmente, attraverso nuovi processi di selezione, risultanti in una decisione diversa dalla precedente, darà origine ad una nuova comunicazione del sistema.

Il processo di alterazione delle norme costituzionali deriva dall'alterazione della Costituzione mediante emendamento costituzionale o alterazione del significato costituzionale riconosciuto al momento della concretizzazione della norma costituzionale. In questo processo di concretizzazione, Marcelo Neves indica due forme di alterazione costituzionale, essendo una di queste promossa dalla politica, che agirebbe in un determinato senso, sulla base di un dispositivo costituzionale

⁸⁵ NEVES, 2007, p. 69-74, 95.

⁸⁶ LOPES, 2007, p. 137, 155. LUHMANN, 1996b, p. 97.

⁸⁷ LUHMANN, 1983b, p. 116.

specifico. La politica ha alterato la sua forma di agire sulla base dello stesso identico dispositivo costituzionale. In considerazione di questo suo procedere, si dice che il sistema politico abbia reinterpretato la citata norma. In altro modo, il Giudiziario la interpreta applicando la Costituzione Federale per dirimere un conflitto nel caso concreto. In entrambi i casi, tuttavia, il processo di alterazione è influenzato da interessi, promesse e valori coinvolti nel momento dell'interpretazione-applicazione della norma⁸⁸.

Stabilita l'alterazione della norma costituzionale, si adotta, in questa questione, la tesi sistemica per cui l'evoluzione si configura a partire da una nuova comunicazione, il cui contenuto non rappresenterà obbligatoriamente qualcosa di buono. In questo modo, si sono costituiti nuovi criteri e altrettanti se ne formeranno con il passare degli anni, in uno scambio continuo con la ricordata tricotomia, o forse, chissà, altre ancora che il futuro ci riserverà. Forse, e proprio per questo, nel futuro si arriverà a capire che questo modo di giudicare, in un'ottica collettiva, rappresenta un complemento dell'attuazione politica e non un'usurpazione di potere⁸⁹.

5.6 In linea generale, non c'è modo di ratificare che la Corte Suprema giudichi un diritto di ordine distributivo in modo esclusivamente aggiudicatario a costo di ridurre a simboliche in un contesto nazionale le affermazioni dell'Eccelsa Corte – “Bisogna non perdere di prospettiva che il diritto pubblico soggettivo alla salute rappresenta la prerogativa giuridica indisponibile assicurata alle persone dalla stessa Costituzione della Repubblica. [...]”⁹⁰ e anche “L'INTERPRETAZIONE DELLA NORMA PROGRAMMATICA NON PUÒ TRASFORMARLA IN PROMESSA COSTITUZIONALE INCOERENTE”.⁹¹ Si può esemplificare ciò con una situazione: “immagina che la tua casa sia invasa ed infetta da una grande

⁸⁸ NEVES, 2004, p. 13, 15-17.

⁸⁹ LOPES, 2007, p. 181. LOPES, 2006, p. 141-161.

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 271.286-8/RS – Rel. Min. Celso de Mello. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Cândida Silveira Saibert. Agravada: Dina Rosa Vieira. Brasília, DF. j em 24.11.2000. Trecho, p. 1.419. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/pagina_dor.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 24 out. 2013.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 393.175-O/RS – Rel. Min. Celso de Mello. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Luiz Marcelo Dias e outro (A/S). Brasília, DF. Publicado em DJe 02.02.2007. Trecho, p. 1.524. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>>. Acesso em: 24 out. 2013.

quantità di formiche. Non riesci a risolvere da solo il problema. Contratti un'impresa specializzata. Il giorno della disinfestazione, la squadra espone un discorso forte, persuasivo con cui vi convince che tu e la tua famiglia vi libererete delle formiche. Durante il servizio, vengono uccise con energia tutte le formiche che si vedono. Nel frattempo, però, il giorno successivo il tuo cane muore avvelenato e, una settimana dopo, le formiche sono tutte tornate. Cosa è successo? L'impresa è seria. Si è dedicata al lavoro! Tuttavia, ha affrontato il problema in modo aggiudicatario. Condannando quelle formiche a morte non ha considerato la questione da un punto di vista macro, analizzandola nel suo insieme (origine, conseguenze, etc.) in modo da arrivare ad un risultato globale. Perciò, l'impresa, per quanto si sia impegnata, ha avuto un'attuazione simbolica.

Ovviamente, con i dovuti adattamenti, il risultato della ricerca è molto simile alla situazione appena illustrata. Ogni volta che il STF non giudica il diritto alla salute con una lente distributiva, altre volte è molto più generoso con casi (domande) individuali che con processi collettivi, continua ad escludere una grandissima parte di individui a questo diritto. In questo modo, finisce per avere un'attuazione simbolica. Una specie di "alibi": si è fatto quel che si è potuto. Argomentando con belle tesi – che innegabilmente consolidano un diritto sul piano giuridico – ma che non venendo risolto con un approccio distributivo, si configura come simbolico, a dispetto del bene consegnato a quei litiganti che hanno ottenuto la decisione favorevole – una nuova élite⁹².

REFERENCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 11-13. VILANOVA, 2000, p. 74.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: LEITE, George Salomão; SALET, Ingo Wolfgang (Orgs.). **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 366. LUHMANN, 1996b, p. 83.
- BONAVIDES, Paulo. Do Estado neoliberal ao Estado neo-social. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 06.11.2008, p. A3.
- BRITISH LIBRARY. Treasure in Full. **Magna Carta**. Disponível em: <http://www.bl.uk/treasures/magnacarta/shockwave/magna_carta_broadband.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Governo representativo versus governo dos juizes: A "autopoiese" dos sistemas político e jurídico**. Belém: UFPA, 1998. p. 56.

⁹² NEVES, 2007, p. 95.

- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. *In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 32.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 163-169.
- CRESWELL, John W. **Projeto de pesquisa**. Métodos qualitativo, quantitativo e misto. 3. ed. Porto Alegre: Artmed. 2010. p. 40, 41.
- FEBBRAJO, Alberto. **Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann**. Milano: Giuffrè, 1975. p. 29, 30.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 201-202.
- LIMA, Fernando Rister de Sousa. Qual a justiça possível de ser alcançada na decisão judicial? **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC/SP**. São Paulo: PUC/SP, v. 2, p. 01-11, 2009a.
- LUHMANN, Niklas. **Teoria politica nello Stato del benessere**. A cura di Raffaella Sutter. Milano: Franco Angeli, 1983b. p. 58, 59.
- LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Traducción Javier Nafarrate Torres. 2. ed. México: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 381-386.
- LUHMANN, Niklas. La constituzione come acquisizione evolutiva. *In: A cura di ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörger. Il futuro della costituzione*. Torino: Giulio Einaudi, 1996b. p. 102.
- LUHMANN, Niklas. **La differenziazione del diritto**. A cura di De Giorgi, Raffaele. Milano: Mulino, 1990b. p. 348.
- NEVES, 2007, p. 61. Para a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ver FRANCE. Assemblée Nationale. **Declaration des droits de L'homme et du citoyen de 1789**. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>>. Acesso em: 05 out. 2013.
- NEVES, **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 76.
- NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 5-22, sobretudo p. 5.
- NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista Eletrônica de Direito de Estado**. Salvador, n. 4, p. 1-35, out./nov./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 25 out. 2011, p. 2.
- NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Costituzionalizzazione simbólica e decostituzionalizzazione di fatto**. Traduzione Michele Carducci. Lecce: Pensa, 2004. p. 29 e 32.
- SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. *In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 90.
- Sito internet del STF: <www.stf.gov.br>.
- TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**. Bologna: Il Mulino, 1976. p. 43.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 769 e 772.
- TREVES, Renato. **Sociologia del diritto**. Torino: Einaudi, 1996. p. 293.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 325.