

Diritto e politica nelle sentenze della Corte Suprema brasiliana sul diritto alla salute

The Law and Politics in the Supreme Court Judgments about on right to health

FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA

Università Presbiteriana Mackenzie & Università Cattolica di San Paolo, Brasile.

E-mail: fernando.lima@mackenzie.br e frslima@pucsp.br

ABSTRACT

Con questo contributo si intende analizzare le decisioni del STF (Suprema Corte brasiliana) in materia di diritto alla salute, con l'obiettivo di individuare se tali decisioni della Corte rispettino l'autonomia del diritto e della politica in termini operativi pur mantenendosi allo stesso tempo in un rapporto di reciproco apprendimento. La premessa epistemologica adottata è la teoria dei sistemi sociali di Niklas Luhmann, a cui si fa riferimento attraverso il rimando a fonti bibliografie primarie e secondarie. Come fonti documentarie, sono state prese in considerazione le decisioni del Tribunale federale (STF) in materia di diritto alla salute. Nelle conclusioni si sostiene che il codice giuridico "prevale" su quello politico riducendo la capacità del diritto di apprendere dal proprio ambiente esterno.

The research analyzes some decisions of the Brazilian Supreme Court on the right to health in order to identify if the structural coupling between political and legal systems, which the Court realises, respects the mutual autonomy of Politics and Law in terms of operational functioning, while remaining at the same time open from the perspective of cognition. Theoretical analysis was carried out through the Social System Theory by Niklas Luhmann. The conclusions argue that the legal code "overrides" the politics code reducing the Law's ability to learn from its external environment.

KEYWORDS

diritto alla salute, Supremo Tribunal Federal, Niklas Luhmann, teoria dei sistemi sociali

right to health, Brazilian Supreme Court, Niklas Luhmann, social system theory

Diritto e politica nelle sentenze della Corte Suprema brasiliana sul diritto alla salute

FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA

1. Introduzione – 2. Ipotesi di ricerca – 3. Comunicazioni giuridiche e politiche nelle decisioni del STF sul diritto alla salute – 3.1. Argomentazioni giuridiche – 3.2. Distinguere gli argomenti per conoscerli – 3.3. Argomentazioni giuridiche e politiche del STF – 3.4. La forma e il significato del diritto nelle decisioni analizzate – 4. Analisi delle decisioni del Supremo Tribunale Federale – 4.1. Le decisioni esaminate – 4.2. Ripercussioni generali sugli Appelli straordinari (RES) 566471 e 657718 – 5. Risultati della ricerca – 5.1. La Suprema Corte Brasiliana: un osservatore che non osserva – 6. Cosa c'è dietro l'autoreferenzialità della Corte Suprema? – 6. Il diritto alla salute come diritto umano inalienabile – 6.2. Il diritto moderno come sistema differenziato di funzione – 6.2.1. Concetti dogmatici assunti nelle decisioni della Corte costituzionale – 6.3. La (Parte) Corte Suprema che realizza l'accoppiamento strutturale.

1. Introduzione

Il testo illustra alcuni degli aspetti analizzati più ampiamente in un progetto di ricerca portato avanti nell'ambito del corso di Dottorato in Scienze giuridiche presso l'Università Presbiteriana Mackenzie. Partendo dal quadro teorico sviluppato dal sociologo tedesco Niklas Luhmann, l'obiettivo che l'analisi si prefigge è quello di identificare se le decisioni p del Supremo Tribunale Federale (STF) brasiliano, selezionate ai fini di questa ricerca, in materia di diritto alla salute, rispettino l'autonomia operativa dei sistemi del diritto e della politica mantenendo allo stesso tempo il loro rapporto di reciproco apprendimento. L'ipotesi è che la suddetta Corte concretizzi un accoppiamento strutturale tra questi sistemi quando giudica i contenziosi nell'ambito del diritto alla salute.

Il dialogo tra il sistema giuridico e quello politico sarà osservato empiricamente facendo riferimento alle argomentazioni delle sentenze prese in esame. Ogni sistema differenziato (come, appunto, quello del diritto e quello della politica) opera in base ad uno specifico codice: nel caso del diritto, lecito/illecito; nel caso della politica, governo/opposizione. Nel decidere in materia di diritto alla salute, il Tribunale Supremo finisce per diventare lo spazio in cui si concretizza l'accoppiamento strutturale rappresentato dalla Costituzione federale. Questo perché, giudicando su una questione di costituzionalità, la Corte materializza lo scambio comunicativo tra politica e diritto.

Sul piano metodologico, la ricerca, realizzata attraverso lo studio di materiale bibliografico e documentario, adotta quale premessa epistemologica la teoria dei sistemi sociali di Luhmann, infatti l'oggetto di studio è stato analizzato attraverso i presupposti descrittivi della sua teoria della società e, soprattutto, della sua teoria del diritto. Come fonti documentarie, sono state prese in considerazione le decisioni della Suprema Corte brasiliana sul diritto alla salute¹. L'analisi delle decisioni giudiziarie ha lo scopo di individuare se l'operazione comunicativa realizzata dalla Corte (la decisione) ha mantenuto la chiusura operativa e l'apertura cognitiva dei sistemi politici e giuridici o se invece si è verificata una sovrapposizione dei codici di questi due sistemi.

Attraverso l'analisi dei precedenti giudiziari del STF, disponibili sul suo sito web (www.stf.gov.br), è stata condotta un'indagine documentale. La ricerca delle sentenze sul suddetto sito web si è basata principalmente utilizzando come chiave di ricerca l'espressione "diritto alla salute". Il risultato è stato un primo campione di 845 sentenze, che sono state gradualmente

¹ SEVERINO 2007, 123; RABELO QUEIROZ 2015, 98-104.

analizzate nel corso del post-dottorato, al fine di individuare quelle rilevanti per la ricerca².

Sulle decisioni della Corte è stata realizzata un'analisi di tipo qualitativo. Inoltre, è stato esaminato l'intero contenuto delle sentenze selezionate, consentendo di identificare il rapporto che esse instaurano tra l'ordinamento politico e quello giuridico. Infatti, le sentenze analizzate sono state selezionate proprio sulla base della loro rappresentatività rispetto all'accoppiamento strutturale fra sistema politico e sistema giuridico che si materializza per mezzo della Costituzione federale – e dunque della Corte Suprema in qualità di tribunale di rango costituzionale. In questo senso, le sentenze, infatti, rappresentano il punto di incontro tra due sistemi caratterizzati da codici differenti e irriducibili, e dunque operativamente autonomi e con funzioni distinte.

Per quanto riguarda il fenomeno dell'evoluzione sociale, esso è descritto dalla teoria dei sistemi come il risultato di scambi comunicativi interni ed esterni ai sottosistemi parziali differenziati. Le comunicazioni che provengono dall'esterno finiscono per irritare il sottosistema in questione, che rielaborerà la comunicazione esterna, trasformandola in comunicazione interna e, allo stesso tempo, codificandola secondo il suo proprio codice. Questo scambio implica una *selezione* e una successiva *stabilizzazione* che provoca, così, l'*evoluzione* sociale³.

Per Luhmann, la Costituzione rappresenta l'accoppiamento strutturale tra il sistema politico e il sistema giuridico, poiché mette in relazione fra loro tali sistemi, irritandoli reciprocamente, nonostante essi continuino ad operare secondo il rispettivo codice e, dunque, secondo la propria autonomia funzionale, come espone con chiarezza Campilongo⁴. Tuttavia, quando la situazione diventa conflittuale al punto da essere portata in tribunale, è la Suprema Corte, quando si tratta di questioni costituzionali, ad essere chiamata a risolvere il conflitto tra politica e diritto. Il STF rappresenta la sede della risoluzione deliberativa dei contenziosi riguardanti la Costituzione federale, caratterizzandosi in questo modo come il centro del sistema giuridico⁵.

La Corte costituzionale, infatti, in qualità di garante della costituzione, ne garantisce la continuità, in quanto accoppiamento strutturale tra il sistema del diritto e il sistema politico. Le controversie generate da manifestazioni di aspettative a livello giuridico, quando arrivano alla corte di massimo grado, possono innescare processi di evoluzione sociale: il contenzioso rappresenta infatti un elemento di variazione che irrita il sistema giuridico, chiamato a selezionare (decidere) e ristabilizzare le aspettative deluse attraverso il suo intervento. La Corte, dunque, non opera in base ad una rigida razionalità, ma si trova di fronte situazioni sempre nuove.

Luhmann ha descritto l'evoluzione come un processo che passa per le fasi di variazione, selezione e stabilizzazione; a cui seguirà una nuova variazione, una nuova selezione e una nuova stabilizzazione. Ciò avviene nell'ambito di ciascun sistema (diritto, politica, economia, etc.)⁶ operativamente chiuso e allo stesso tempo cognitivamente aperto. Ciascun sistema opera soltanto in base al proprio specifico codice, pur restando, aperto sia alle comunicazioni esterne e dunque alle "irritazioni" che ne conseguono, sia alla possibilità che si verifichino accoppiamenti strutturali, ovvero un momentaneo coordinamento fra due sistemi differenti a livello delle proprie strutture⁷.

2. Ipotesi di ricerca

L'ipotesi proposta in riferimento al problema della ricerca è che la Suprema Corte brasiliana nelle sue decisioni adotti una postura prevalentemente autoreferenziale a detrimento dell'etero-

² RABELO QUEIROZ 2015, 98-104.

³ LUHMANN 1996, 83-128; RODRÍGUEZ MANSILLA 2002, 24.

⁴ CAMPILONGO 2000, 77.

⁵ GUERRA, WILLIS 2011, 339.

⁶ RISTER DE SOUSA LIMA 2012, 41-47.

⁷ RISTER DE SOUSA LIMA 2010, 20- 21.

referenza del sistema giuridico nei confronti di quello politico. La comunicazione (stimoli, irritazioni, input, etc.) proveniente dal sistema politico finisce così per essere esclusa dagli elementi che il STF prende in considerazione nelle sue decisioni. Di conseguenza, l'accoppiamento strutturale fra diritto e politica, che la Suprema Corte materializzerebbe, non risulta pieno.

Ci sono, tuttavia, altri possibili esiti come, ad esempio, il caso contrario rispetto a quello appena visto, cioè che la politica ignori il diritto (le sentenze della Suprema Corte). Ancora, si potrebbe ottenere un equilibrio finale tra i due sistemi (accoppiamento strutturale), senza che nessuno dei due codici prevalga.

Infine, si deve tenere conto che i giudizi della stessa Corte non sono uniformi tra loro; infatti viene privilegiato, a volte, il codice della politica, altre quello del diritto, senza un criterio apparentemente definito.

3. Comunicazioni giuridiche e politiche nelle decisioni del STF sul diritto alla salute.

Storicamente, il diritto è sempre stato chiamato ad evolversi in ragione dei conflitti che era chiamato a giudicare. L'emergere stesso del diritto e soprattutto la sua contingenza sono anche il risultato delle pressioni provenienti da un ambiente sociale ricco di conflitti. Analizzare le decisioni giudiziarie significa osservare l'istituzionalizzazione del conflitto. I processi giudiziari rappresentano in definitiva la canalizzazione dei conflitti sociali nelle procedure prestabilite dallo Stato, che si arroga il compito di decidere sulle controversie in questione⁸. Il significato della decisione tuttavia, a sua volta, prende forma nell'argomentazione dei magistrati. L'argomentazione serve così al giudice per spiegare le ragioni della *decisione* presa, per costruire un ragionamento di merito o ancora per tentare di legittimarsi socialmente⁹.

3.1. Argomentazioni giuridiche

L'argomentazione giuridica è costruita a partire dalle distinzioni fatte dal sistema. Fondamentalmente, si tratta di tre distinzioni: (i) operazione/osservazione, (ii) auto/etero-osservazione e (iii) controversia/non controversia, che, nel caso del sistema giuridico, si distinguono per partecipare all'attribuzione dei valori del codice lecito/illecito. La scelta del lato da attribuire al caso concreto avviene all'interno del gioco argomentativo, cosicché ridondanza e varietà sono condizioni di possibilità dell'argomentazione giuridica. La ridondanza, infatti, ha la funzione di evidenziare l'eccesso di informazioni al fine di produrre e selezionare le informazioni caratterizzate da novità. La varietà rappresenta la diversità delle operazioni che un sistema riconosce come proprie.

Nella costruzione dell'argomentazione si distinguono anche informazioni e ridondanza: l'informazione è il valore "sorprendente" di ciò che avviene, mentre la ridondanza deriva dal fatto che le informazioni precedenti sono considerate parte del funzionamento del sistema. La ridondanza è dunque l'informazione già disponibile, utilizzabile per elaborare le informazioni successive, la varietà, invece, è l'informazione ancoramancante.

La ridondanza rappresenta una condizione utilizzabile nella costruzione dell'argomentazione giuridica. Se la giustizia è il prodotto della coerenza delle decisioni, possiamo dire che la giustizia è ridondanza. Gli errori sono indicatori operativi della possibile ingiustizia del sistema. Attraverso il rapporto tra varietà e ridondanza, il sistema riproduce il proprio adattamento all'ambiente. Un sistema giuridico differenziato deve garantire la chiusura operativa e allo stesso tempo un'elevata "irritabilità" (sensibilità nei confronti dell'ambiente), nonché ridondanza e varietà.

⁸ GROSSI 2003, 8-12; LOPES 2014, 18, 25; CARNELUTTI 2010, 9-32.

⁹ LUHMANN 2013, 338-402; LUHMANN 2016, 451-537.

L'argomentazione giuridica deve essere in grado di proporre una decisione a partire dal codice lecito/illecito e, allo stesso tempo, di motivarla. Le argomentazioni vengono costruite a partire da una distinzione fra i due lati del codice, e così facendo costituiscono un'auto-osservazione del sistema giuridico: argomentando, il sistema osserva sé stesso e contribuisce alla propria auto-poiesi. Nelle decisioni giudiziarie, la sentenza è il risultato dell'argomento a cui si è fatto ricorso. Allo stesso tempo, la scelta di un determinato argomento dovrebbe tener conto che si sarebbe potuto anche scegliere diversamente, pena il rischio di incorrere in un "dialogo tra sordi".

La teoria dei sistemi non etichetta gli argomenti giuridici come buoni o cattivi (positivi o negativi), perché il codice del diritto non è quello della morale. Inoltre, gli argomenti da soli non hanno alcuna capacità di conferire validità o invalidità ai diritti. Il filtro della validità giuridica prescinde dai (pre)giudizi morali.

La differenziazione funzionale determina, appunto, la differenza fra i vari sistemi. Inoltre, nel descrivere il processo argomentativo, la teoria dei sistemi distingue tra argomentazioni formali e sostanziali. Le prime fanno riferimento all'autoreferenza del sistema, dovendo mantenere la coerenza dello stesso. Le seconde riguardano le informazioni esterne all'ambiente del sistema (eteroreferenza), cioè l'apprendimento. In entrambi i casi, si tratta di processi interni al sistema giuridico, indipendenti dagli altri sottosistemi societari¹⁰.

L'argomentazione svolta dalle parti non è soltanto in grado di "irritare" il sistema giuridico con aspetti nuovi, che portano il sistema a produrre decisioni (comunicazioni giuridiche). Così facendo, il sistema infatti aumenta la propria complessità: gli argomenti (irritazione) rappresentano variazioni che obbligano a decidere, quindi a compiere selezioni e successive stabilizzazioni. In questo senso è essenziale il mantenimento di una coerenza argomentativa – cioè coerenza e adeguatezza della decisione, e dunque, il linguaggio si rivela essenziale per l'autopoiesi del sistema. D'altronde, senza esperienza linguistica non c'è comunicazione.

3.2. Distinguere gli argomenti per conoscerli

La comunicazione è anche un'operazione di selezioni collegate: da un lato, Alter seleziona le informazioni e la forma della loro condivisione; dall'altro, Ego realizza una determinata comprensione, osservando l'atto del comunicare di Alter¹¹.

La comunicazione consiste, infatti, di informazione, atto del comunicare e comprensione. Comprendere (*verstehen*) significa percepire, irritare, perché implica un cambiamento rispetto allo stato precedente. La conversazione inizia solo con la scelta del contenuto. Dunque, senza una distinzione che mette in evidenza uno specifico tema la comunicazione non può iniziare. Esistono diverse scelte possibili.

La comunicazione non avviene all'improvviso a partire da nuove informazioni, ma attraverso la ridondanza, che ne costituisce lo sfondo. La ridondanza significa autoreferenza, a partire dalla quale è possibile distinguere nuove informazioni (eteroreferenza). Quando alla ridondanza si aggiungono nuove informazioni, c'è evoluzione e pertanto viene garantita l'autopoiesi sistemica¹².

Il nostro approccio si concentra sulla forma che assumono le operazioni del sistema del diritto più che sulla sua struttura. Lo sguardo descrittivo è, per l'appunto, rivolto ad ogni operazione dell'ordinamento giuridico che si concretizza nella comunicazione (cioè le sentenze) del STF.

Pertanto, la consistenza o l'incoerenza del sistema risultano nel corso di ogni operazione e non dipendono da una struttura fissata in precedenza, di cui sarebbe possibile accertare la validità o l'invalidità a livello del sistema. Da questo punto di vista, la ricerca analizza le decisioni del STF per identificare gli elementi utilizzati dalla Corte per produrle, a partire dalle irritazioni

¹⁰ LUHMANN 2016, 457-458.

¹¹ MASCARENO 2016; STAMFORD DA SILVA 2016, 48.

¹² STAMFORD DA SILVA 2016, 43, 46-48.

provenienti dall'ambiente del sistema, che il diritto seleziona in base al suo proprio codice e limitatamente al proprio punto di vista. L'ipercomplessità delle relazioni che si danno nell'ambiente infatti viene ridotta dal sistema che le osserva, in questo caso il diritto. L'applicazione della distinzione fra diritto e non diritto (lecito/illecito) è dunque la dimostrazione del fatto che la comunicazione esterna è stata "ricevuta" dal sistema giuridico¹³.

3.3. Argomentazioni giuridiche e politiche del STF

L'inclusione di argomentazioni di natura giuridica e politica dipende dal processo di selettività che il STF realizza nelle sue decisioni: l'interpretazione del caso, in altre parole, si muove fra questi due poli.

L'accoppiamento strutturale rivela in questo senso il suo potenziale, permettendo di "combinare" due modalità di distinte di operare: diritto e politica. La Costituzione rappresenta appunto l'accoppiamento strutturale tra il sistema politico e quello giuridico, giuridificando la forma dello stato e le scelte politiche che la determinano insieme ai valori considerati fondamentali. Le reciproche irritazioni tra i due sistemi possono essere così elaborate in un processo continuo che, rispetto alla Costituzione, si compie nelle decisioni della corte.

I sistemi del diritto e della politica producono internamente i propri argomenti (giuridici e politici), diventando testi che il STF utilizzerà come fonte di giustificazione quando deciderà caso per caso. Si tratta di testi, perché da essi l'argomentazione della Corte prende forma come risultato di un'interpretazione inerente al processo di differenziazione del diritto, nel corso di un operare interno (comunicativamente chiuso) ma comunque aperto a comunicazioni (irritazioni) provenienti da altri sistemi¹⁴.

L'argomento usato come giustificazione (*ratio decidendi*) diventa la distinzione indicata dall'osservatore: in questo caso, i giudici del STF. All'interno del sistema giuridico – come in tutti i sottosistemi, vale la pena ricordare – la comunicazione finisce per generare altre distinzioni, che è un risultato naturale dell'operazione di selettività interna al sistema.

Tuttavia, nel sistema giuridico, il giudice, in qualità di osservatore, dovrebbe considerare nel processo di interpretazione gli argomenti di entrambe le parti, non potendosi limitare ad assecondare i propri interessi e/o preferenze. Questo è un obbligo che il sistema giuridico pone a carico del giudice. D'altronde, un sistema che non preveda una variabilità nelle scelte non sarebbe neanche in grado di reagire alle irritazioni dell'ambiente¹⁵.

Con l'applicazione della distinzione qui adottata (varietà/ridondanza) viene così differenziato l'operare del diritto dalle irritazioni dell'ambiente sociale. In questo modo i sistemi organizzano la loro complessità. Tuttavia, gli accoppiamenti strutturali sono in grado di potenziare la comunicazione tra i sistemi: nel nostro caso il diritto (autoreferenza) e gli interessi degli attori (eteroreferenza).

L'interpretazione all'interno del sistema giuridico è influenzata dall'ambiente esterno, di cui il sistema si costruisce un'immagine propria. Tuttavia, una eccessiva riduzione della complessità può bloccare l'eteroreferenza¹⁶.

In alcuni contenziosi si tenta chiaramente di supplire ai deficit della pubblica amministrazione nel garantire il diritto alla salute –, ossia di rimediare a una chiara incapacità della politica. L'elevata percentuale di azioni e la loro estensione nell'ambito della salute avrebbero già dovuto rafforzare la riflessività del sistema giuridico. Nonostante ciò, si constata esattamente l'opposto, ovvero una drastica riduzione della complessità – evidente dalla scarsa varietà argomentativa –

¹³ CORREIA 2014, 203.

¹⁴ LUHMANN 2007, 426-434.

¹⁵ LUHMANN 2007, 435-436.

¹⁶ CAMPILONGO 2012, 92.

attraverso il rigetto degli argomenti di natura politica, di fatto esclusi dal gioco comunicativo. Questi argomenti non entrano nel processo interpretativo-evolutivo perché l'osservatore giuridico non è in grado di riconoscerli come elementi di variazione, non consentendo, pertanto, l'accoppiamento strutturale che dovrebbe caratterizzare i giudizi in analisi.

3.4. La forma e il significato del diritto nelle decisioni analizzate

Nell'ottica della teoria dei sistemi di Niklas Luhmann, la funzione del diritto nella società moderna riguarda il mantenimento delle aspettative normative nel tempo. Inteso in questo modo, il diritto contribuisce a garantire che i valori sanciti dalle leggi mantengano una credibilità sociale – facendo sì che i cittadini possano continuare a confidarvi¹⁷.

Il diritto opera sulla base del codice lecito/illecito (*Recht/Unrecht*), in maniera ripetuta e continua¹⁸. Le sue operazioni, perciò, sono dirette a imporre determinati comportamenti agli altri sottosistemi della società. Proprio per questo, il diritto può essere definito come la scienza del "dover essere". Il sistema del diritto si organizza in base alla distinzione tra membri e non membri, e al suo centro stanno i tribunali, mentre le leggi si collocano nella sua periferia¹⁹.

La forma del diritto è caratterizzata dalla combinazione di distinzioni: aspettative normative/cognitive e diritto/non diritto. In questo modo la società recepisce le decisioni giudiziarie, variando di conseguenza il significato delle norme giuridiche e dei programmi normativi. Il processo decisionale riflette la riflessività sistemica, tipica dei sistemi autopoietici (produttori dei propri elementi e delle proprie strutture), influenzando il processo decisionale successivo.

L'elevato numero di situazioni quotidiane distinte e contraddittorie rende il paradosso una questione centrale nella società. I paradossi sono una struttura costante nei processi di differenziazione funzionale e la loro risoluzione finisce per essere il grande motore di questo processo evolutivo, perché, di fronte a contenziosi sempre più complessi, dalle origini più diverse e che si sviluppano in maniera talvolta raffinata, il sistema deve aumentare la propria capacità di astrazione, risultato di un processo di riflessione interna, in cui la gerarchizzazione lascia il passo ad un costante dialogo tra centro e periferia. Per questo motivo, Luhmann afferma che un tale cambiamento di paradigma rappresenta un'autoconservazione del sistema giuridico, che diviene in tal modo più funzionale a decidere una volta provocato e in situazioni sempre più complesse²⁰.

L'ipercomplessità sociale forgia la formazione di paradossi sociali, che vengono portati in sede giuridica per poter essere risolti. La necessità di dover sempre decidere – il *non liquet* – impone una grande sfida al sistema giuridico, che deve riflettere su sé stesso, allontanandosi gradualmente dall'idea di gerarchia delle norme, per rivolgersi invece ai poli del centro e della periferia. L'elevata complessità sociale rende infatti il sistema specializzato in una funzione specifica, come si è visto, e dunque ad una elevata selettività per giungere a una *decisione* e potersi orientare a programmi che diventano una sorta di regole decisionali. Così si giunge ad una decisione che materializza una distinzione (lecito/illecito) che, a sua volta, finisce per nascondere il paradosso fondativo del diritto (ovvero se sia lecito distinguere tra lecito e illecito)²¹.

Il codice del diritto è caratterizzato da una forma paradossale, che si costituisce come unità in quanto, allo stesso tempo, include ed esclude. La comunicazione è a sua volta la forma della società; quindi, non è un dato ontologico; piuttosto, diventa un'astrazione formale e simbolica tra gli uomini²². In virtù del suo codice binario, il diritto è anche capace di riflessione interna: la ri-

¹⁷ LUHMANN 1995, 129, 131, 136, 151.

¹⁸ LUHMANN 1995, 167-181, in particolare 168-170. Sul codice del diritto, si veda RISTER DE SOUSA LIMA 2012, 62.

¹⁹ LUHMANN 2016, 273-311.

²⁰ LUHMANN 2016, 428.

²¹ LUHMANN 2016, 413-414, 426-429.

²² LUHMANN 2016, 10.

flessività è una capacità tipica dei sistemi autopoietici (ovvero produttori dei propri elementi e delle proprie strutture). In questo modo, il processo decisionale sostiene la riflessione al fine di influenzare il processo decisionale successivo²³.

L'alto numero di situazioni paradossali nella realtà sociale rende il paradosso uno dei problemi caratteristici della società moderna. I paradossi rappresentano infatti una struttura costante nei processi di differenziazione funzionale. La loro risoluzione è dunque uno dei grandi motori del processo evolutivo sociale. Nell'ambito del diritto è possibile individuare contenziosi sempre più complessi e raffinati e dall'origine più diversa. Il sistema, quindi, per affrontarli deve aumentare la propria capacità di astrazione.

La necessità che il sistema giuridico debba sempre decidere (il *non liquet*) pone una grande sfida. La soluzione a questo problema è rappresentata dall'abbandono del paradigma gerarchico in ambito giuridico. Attraverso un processo interno di riflessione, il sistema giuridico si è infatti allontanato dall'idea di gerarchia (relativa sia alle fonti del diritto sia alla legislazione) per volgersi alla distinzione centro/periferia.

Emerge di conseguenza la possibilità di combinare l'autoconservazione del sistema giuridico con il bisogno di prendere decisioni in situazioni sempre più complesse²⁴. Il diritto si struttura sulla base di un codice specifico (lecito/illecito) – e non più su altri punti di vista (morale, politico, ecc.) – e attraverso programmi speciali (cioè regole decisionali) che consentono la corretta imputazione dei valori del codice. In questo modo le decisioni, a partire dal codice, permettono di “nascondere” il paradosso fondativo del sistema²⁵.

4. Analisi delle decisioni del Supremo Tribunale Federale

4.1. Le decisioni esaminate

Come accennato, la selezione delle decisioni giudiziarie è stata svolta direttamente sul sito web del STF (in particolare al seguente link: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>).

Per la ricerca è stata inizialmente utilizzata l'espressione “diritto alla salute”, che ha portato a selezionare 845 sentenze. Due sono stati i criteri applicati a questo punto: uno di ordine temporale e l'altro di ordine materiale (contenutistico). Per quanto riguarda il primo, è stata data preferenza alle sentenze emesse dal 2014 in poi, con particolare attenzione a quelle più recenti all'epoca della ricerca, ovvero quelle degli anni 2016 e 2017. Dal punto di vista contenutistico, sono stati presi in considerazione i casi in cui veniva reclamata da parte dello Stato la fornitura di medicinali o di cure mediche non disponibili o negati dal sistema sanitario pubblico.

Una precedente analisi della giudizializzazione della salute ha dimostrato la rilevanza di questo tema: tanto dal punto di vista della sua attualità, quanto della necessità di una risposta che la ricerca deve offrire alla società circa il ruolo che la magistratura ha svolto in questo tipo di contenziosi giudiziari.

Nonostante l'approccio qualitativo della ricerca, si nota come, quantitativamente, la giurispru-

²³ FEBBRAJO 1975, 95, 97, 99-100. Come scrive NEVES 1992, 277-278: «La riflessività come meccanismo all'interno di un sistema autopoietico implica che il processo referente e il processo riferito siano strutturati dallo stesso codice binario e che, in connessione con questo, i criteri e i programmi del primo riappaiano in parte nel secondo. Pertanto, non è sufficiente, ad esempio, indicare la normalizzazione della normazione, poiché la normalizzazione religiosa o morale della normazione legale, nonché il riferimento normativo di una norma di “legge naturale” all'emanazione di una norma giuridico-positiva, non rappresentano, in questo senso stretto, alcuna riflessività della produzione normativa».

²⁴ LUHMANN 2016, 428.

²⁵ LUHMANN 2016, 413-414 e 426-429.

denza del STF è completamente favorevole alla fornitura di medicinali o a qualsiasi intervento medico richiesto dall'attore. Nessuna decisione recente, infatti, è stata giudicata sfavorevole ai ricorrenti. Si può dunque affermare, sulla base dei casi analizzati, che la possibilità di successo nelle richieste relative alla tutela giudiziaria che riguardano il diritto alla salute è del 100%. Questo era lo scenario disegnato dai ricorsi straordinari n. 56.6471 e n. 65.8818, a cui la stampa ha peraltro dedicato molta attenzione, in considerazione dell'aspettativa che molti nutrivano rispetto al fatto che la Corte definisse i criteri e i limiti della tutela giuridica del diritto alla salute²⁶.

Tuttavia, l'oggetto della ricerca in questione non riguarda la concessione o la negazione dell'accesso a terapie e trattamenti. Si vuole, invece, verificare se gli argomenti di natura politica vengono trattati sul piano cognitivo allo stesso modo degli argomenti di natura giuridica, utilizzando la teoria dei sistemi sociali, e se l'accoppiamento strutturale fra politica e diritto nelle decisioni del STF è funzionale a garantire un equilibrio nel conflitto tra le parti.

In questo senso, la ricerca attesta una posizione della Suprema Corte definibile quale prossima alla cecità, poiché dotata di un solo occhio. Infatti, l'occhio che dovrebbe distinguere gli argomenti provenienti dal sistema politico sembra essere diventato cieco, o quasi. In diverse sentenze, in effetti, è stata osservata una completa indifferenza agli argomenti della pubblica amministrazione, i quali non vengono presi in considerazione nel processo. Talvolta vengono appena citati, ma di fatto, senza mai essere presi seriamente in considerazione nell'ambito del processo decisionale, neanche per essere meramente respinti. Gran parte delle decisioni escludono le ragioni dell'ente pubblico ricorrente dal processo argomentativo che va a influenzare il processo decisionale e ciò accade frequentemente in alcune decisioni della giudice Carmen Lúcia. Ad esempio, in un caso (*Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 950.503 - PR*)²⁷ la sentenza si riduce alla trascrizione di una decisione precedente della Corte e di altre decisioni più recenti. Non viene affrontato né menzionato alcun argomento presentato nell'impugnazione. In tale modo, viene squalificata la presentazione del nuovo ricorso, senza che venga detto nulla sulla sua argomentazione, neanche per criticarlo. Leggendo la decisione, si nota che il ricorrente presenta ad esempio alcuni aspetti specifici per giustificare la richiesta di un nuovo processo: tuttavia la sentenza non ne fa alcuna menzione.

Nello stesso senso va il ricorso (*Agravo Regimental no Agravo de Instrumento interposto em face da Denegação do Recebimento ao Recurso Extraordinário*) n. 894.085/SP, esaminato dal giudice Roberto Barroso. Qui il comune di San Paolo aveva chiesto la riforma della decisione della Corte *a quo*, che aveva stabilito a suo carico l'erogazione di una terapia a un paziente. Il ricorso non è stato accolto sulla base della responsabilità solidale degli enti pubblici, della mancanza di una violazione della separazione dei poteri nell'attuazione delle politiche pubbliche attraverso una decisione giudiziaria, e per mantenersi in linea con la giurisprudenza del STF. Nella sua decisione, il giudice non fa alcun riferimento agli argomenti utilizzati dalla pubblica amministrazione nel ricorso.

Al contrario, la decisione adotta espressioni generiche come: “non porta argomenti” e “motivi propri” per cercare di giustificare il suo rifiuto. È bene notare che fra gli argomenti presentati nella sentenza, alcuni hanno una origine politica. Tuttavia, tornando alla lettura della decisione, in un passaggio si afferma che la decisione *a quo* merita di essere riformata soprattutto perché deve essere dato rilievo agli argomenti presentati a sostegno delle garanzie procedurali e della natura distributiva del SUS, che impedisce la fornitura di medicinali a coloro che hanno le risorse per acquistarli²⁸. Ne

²⁶ BUSCATO 2017, 82-83; COLLUCI 2016.

²⁷ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 950.503 - PR*. Segunda Turma. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 9 de agosto de 2016. Url: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11878926>.

²⁸ BRASIL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ag.R no Agravo de Instrumento ao Recurso Extraordinário n. 894.085/SP*. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 15.12.15. Url: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10275124>.

risulta, quindi, una decisione del tutto autoreferenziale del sistema giuridico, senza che vengano presi in considerazione argomenti di natura politica, come il carattere distributivo del SUS.

A dimostrazione del completo disinteresse nei confronti degli argomenti avanzati dall'ambito politico, si segnala anche il ricorso (*Agravo Regimental em Recurso Extraordinário*) n. 936.301/ES²⁹ (relatore il giudice Edson Fachin). Il comune di Cariacica aveva in quel caso presentato ricorso contro la decisione che aveva negato la richiesta di appello straordinario di una sentenza riguardante un caso in cui la fornitura gratuita di pannolini e guanti era stata approvata richiamandosi al diritto alla salute. Il ricorso è stato respinto.

Non si registra l'inclusione, nel processo decisionale, degli argomenti portati dall'amministrazione pubblica. La decisione non ha affrontato la tesi relativa alla preclusione alla discussione di fatti e prove, proposta sulla base di un precedente (*Súmula* n. 279) del STF. Il relatore si focalizza sulla tesi giuridica dell'estensione del diritto alla salute alla fornitura di pannolini e guanti ai malati, senza alcuna menzione della necessità di prove o di eventuali necessità speciali del ricorrente. Si tratta di una tesi più volte sostenuta dalla Corte.

La presente analisi ha individuato una serie di concetti espressi dal STF che finiscono per fondare le decisioni successive in modo dogmatico, limitando, in tal modo, le possibilità di dibattito argomentativo con la politica. All'interno di questa tendenza, troviamo l'idea che il diritto alla salute è un bene indisponibile. Questa indisponibilità, non lascia spazio ad alcun argomento che limiti il diritto alla salute.

Seguendo un'analisi qualitativa, sono stati studiati i casi - meno recenti esaminati dal giudice Celso de Mello, al quale si deve l'inclusione nella giurisprudenza dell'argomento dell'indisponibilità del diritto alla salute. In questo modo si è costituita una giurisprudenza favorevole alla concessione di farmaci e trattamenti, indipendentemente dal loro costo. Le decisioni pronunciate questo giudice hanno come loro premessa intoccabile l'indisponibilità del diritto alla salute e, così facendo, ignorano gli argomenti contrari. Ha così preso vita una razionalità dogmatizzata, come evidenziato dalle sentenze RE 393.175-AgR/RS e AI 662.822/RS.

Ci sono anche sentenze che non dimostrano alcun tentativo di combinare le ragioni delle parti. Si rimane così in una contrapposizione tra le ragioni della politica e dell'amministrazione - sempre dalla parte del male - e quelle della rivendicazione - sempre dalla parte del bene. In questi casi, più che un processo, si ha la semplice applicazione preventiva della sanzione con la condanna alla fornitura gratuita di qualsiasi farmaco o trattamento richiesto, indipendentemente dal contesto e dai costi. Il giudizio, in questi casi, è puramente ideologico e non giuridico: non vi è interpretazione di alcuna ragione giuridica. La comunicazione tra i sistemi si blocca, tale è la chiusura operativa. Peggio ancora, nemmeno gli argomenti sostenuti dal ricorrente vengono presi in considerazione nella sentenza, poiché questa viene decisa in precedenza in maniera automatica, indipendentemente da un processo argomentativo. Basta che si parli di diritto alla salute, e l'approvazione è immediata, senza alcuna preoccupazione sulla pertinenza della richiesta.

Questa razionalità ideologica - che, come è già stato sottolineato, non ha una giustificazione giuridica - è favorita dalla mancanza di interesse per le condizioni delle casse pubbliche. Ciò rende possibile, fra l'altro, persino l'uso di espressioni volgari che portano il dibattito al livello di un comizio elettorale o a quello di una conversazione informale tra amici al bar.

Un curioso esempio di questo modo di giudicare può essere ricavato dall'Appello Straordinario n. 368.564/DF³⁰, in cui l'Unione federale aveva presentato un ricorso straordinario contro una decisione del Tribunale Regionale Federale della I Regione, con cui era stata condannata a

²⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário* n. 936.301/ES. Primeira Turna. Relator Ministro Edson Fachin. Brasília, 15 de março de 2016. Url: stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309151141&tipoApp=.pdf.

³⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 368.564/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 13.04.11. Url: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625531>.

pagare le cure per una malattia rara, chiamata retinite pigmentosa, da somministrare a un gruppo di pazienti (i ricorrenti) a Cuba.

La richiesta è stata negata in primo grado, ma accolta nel secondo. Inizialmente, il processo è stato affidato al giudice Menezes Direito, che si è espresso per il rigetto del ricorso sulla base di un rapporto di un'entità medica terza, secondo la quale la malattia in questione non era stata ritenuta curabile. Il relatore, tuttavia, è andato in pensione e il giudice Marco Aurélio ha assunto la guida del processo. Ponendosi nella posizione di cittadino, ha usato l'ironia per squalificare gli argomenti economici offerti dal ricorrente, con espressioni dal forte carico emotivo come: «La vedova non sarà più povera!» e «Mi porta all'indignazione come contribuente, come cittadino, come giudice...». Il rigore dell'argomentazione giuridica è stato indebolito da argomenti di natura politica. In altre parole, nell'atto di giudicare, il cittadino ha prevalso sul magistrato.

Un altro esempio che rivela l'incapacità di considerare gli argomenti provenienti da politica e amministrazione è il ricorso (Agravamento Regimental em Recurso Extraordinário n. 926.469/DF³¹, relatore il giudice Roberto Barroso), presentato dal Distretto Federale (Brasilia) per riformare una decisione che ordinava la fornitura di medicinali ad alto costo non inclusi nella lista del SUS. La lettura della decisione non consente di individuare chiaramente il fondamento del ricorso proposto.

Pur essendo la sentenza lunga sette pagine, il relatore ha dedicato solo due righe e mezzo alle disposizioni giuridiche che sarebbero state violate. Non vi è alcuna preoccupazione di distinguere gli argomenti di natura politica da quelli di natura giuridica. Le argomentazioni proposte dal relatore risultano del tutto autoreferenziali rispetto alle argomentazioni proposte. Per questo motivo, è molto difficile capire quali siano gli argomenti sollevati dall'attore pubblico e presi in considerazione nel giudizio. È tuttavia possibile fare delle deduzioni sulla base del contenuto delle tesi presentate dal relatore.

D'altra parte, la ricerca ha preso in considerazione decisioni che distinguono chiaramente gli argomenti portati dalle parti nel processo decisionale e, in una certa misura, realizzano – ognuna a modo suo – l'accoppiamento strutturale fra diritto e politica, determinando però, in questo modo, una mancanza di uniformità nel processo decisionale del STF.

È possibile quindi elencare alcune caratteristiche paradigmatiche di questo tipo di decisioni che, oltre a considerare gli argomenti delle parti, ne aggiunge altri ancora, come nel caso dell'Appello Regimentale in Appello Straordinario n. 831.915/RR³², del relatore del giudice Luiz Fux. Si tratta di un ricorso presentato per contestare una sentenza che aveva determinato la fornitura di medicinali non inclusi nell'elenco del SUS. Nella relazione sono state riportate in parte le ragioni del ricorrente, ma il ricorso è stato respinto.

Inizialmente il giudice sostiene il principio di solidarietà fra enti pubblici nella fornitura di medicinali. Stranamente, questo motivo fino a quel momento non compariva come fondamento del ricorso depositato, almeno non nel passaggio trascritto nella relazione dell'impugnazione. L'inclusione di un argomento estraneo al dibattito indica uno scollamento rispetto agli argomenti avanzati dalle parti e segnala una tendenza all'autoreferenzialità della Corte. Inoltre, la decisione si concentra sugli argomenti sostenuti dalla pubblica amministrazione coinvolta, al fine di contrastarli citando le decisioni del STF.

Alcune decisioni risultano scarsamente comprensibili a livello redazionale. In essi, il problema è più legato alla mancanza di chiarezza nella scrittura che alla non distinzione degli argomenti. Tuttavia, con un certo sforzo interpretativo, è possibile identificare gli argomenti portati da entrambe le parti del contenzioso. Un esempio di ciò è il ricorso (Agravamento Regimental em Re-

³¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AgR no RE 926.469/DF. Primeira Turma Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 7 de junho de 2016. Url: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309759747&tipoApp=.pdf.

³² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AgR no RE 831.915/RR. Primeira Turma Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 5 de abril de 2016. Url: www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=10879141.

curso Extraordinário) n. 943.547/RN³³, relatore il giudice Gilmar Mendes. Si tratta di un ricorso contro il rigetto di un precedente appello. L'argomentazione della sentenza è confusa. Il merito della questione riguarda la richiesta al SUS di fornire un intervento chirurgico. Sulla base di un precedente (Súmula n. 279 del STF) il ricorso è stato respinto.

Nonostante la mancanza di chiarezza della sentenza, attraverso un'attenta lettura è possibile rilevare la presa in considerazione degli argomenti sollevati da entrambe le parti. La decisione del relatore ha così preso vita a partire da un processo dialettico fra gli argomenti delle parti, realizzando, in questo modo un accoppiamento strutturale tra i sistemi coinvolti.

La distinzione degli argomenti, come si vede in questa decisione, non richiede molta erudizione, tanto meno un'elevata quantità di citazioni.

In questa direzione va anche il ricorso (Embargos de Declaração no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário) n. 744.223/RJ³⁴, con relatore la giudice Rosa Weber. L'Unione federale aveva presentato questo ricorso dopo il mancato accoglimento della richiesta di sospensione del procedimento in cui veniva fatta valere l'inesistenza dell'obbligo di fornire i medicinali richiesti dal cittadino. La richiesta si fondava sulla norma costituzionale che garantisce la ripartizione delle competenze costituzionali. Il ricorso è stato respinto.

Il relatore ha sottolineato gli argomenti adottati a sostegno dell'impugnazione ma li ha poi ignorati sulla base della giurisprudenza del STF. Gli argomenti portati dalla politica, pertanto, erano noti nella sentenza, ma il loro peso non è qui rilevante.

È dunque possibile rilevare l'esistenza di processi in cui gli argomenti provenienti dal sistema politico, in particolare dalle amministrazioni locali, e gli argomenti di natura giuridica, vengono tenuti in debito conto nel processo decisionale. Tutto questo avviene nel segno di un accoppiamento strutturale tra politica e diritto che migliora la comunicazione fra entrambe le parti.

A questo proposito, menzioniamo l'appello (Recurso Extraordinário) n. 581.488 / RS³⁵, con giudice relatore Dias Toffoli. Questo ricorso è stato presentato dal Consiglio Regionale di Medicina dello Stato di Rio Grande do Sul al fine di contestare la decisione del Tribunale che aveva respinto la richiesta per cui, qualora i pazienti stessi si fossero accollati gli eventuali costi aggiuntivi, il Sistema sanitario pubblico (SUS) dovesse fornire ai pazienti sistemazioni migliori nonché la possibilità di sceglierei medici di loro fiducia, - integrando in tale modo una modalità conosciuta con l'espressione "differenza di classe". Il ricorso è stato respinto sulla base del fatto che l'accoglimento avrebbe violato la logica di fondo del sistema sanitario, in particolare il principio dell'accesso equo e universale alle sue prestazioni.

In seguito a questa sentenza, l'Assemblea plenaria del STF ha preso in considerazione una questione di interesse generale (Tema 579), stabilendo all'unanimità che:

«è costituzionalmente conforme la norma che vieta, nell'ambito del SUS, il ricovero in strutture di rango superiori, nonché l'assistenza differenziata da parte di un medico del sistema sanitario stesso, o di un medico convenzionato, mediante il pagamento della differenza degli importi corrispondenti».

Il giudizio del relatore distingue chiaramente le argomentazioni di entrambe le parti coinvolte. Le ragioni originali della politica e del diritto sono chiaramente espone nel dibattito. Il Consiglio Regionale di Medicina dello Stato del Rio Grande do Sul, per difendere la sua posizione, ha

³³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AgR no 943.547/RN. Primeira Turma Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17 de maio de 2016. Url: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309622477&tipoApp.

³⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Embargos de Declaração no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 744.223/RJ. Primeira Turma Relator Ministra Rosa Weber. Brasília, 15 de março de 2016. Url: [file:///C:/Users/sueli_000/Downloads/texto_309229395%20\(i\).pdf](file:///C:/Users/sueli_000/Downloads/texto_309229395%20(i).pdf).

³⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 581.488/RS. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 3 de dezembro de 2015. Url: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>.

affermato: (i) che la salute è un diritto di tutti e un dovere dello Stato, e dovrebbe essere esercitata senza imbarazzo; (ii) l'autonomia dei pazienti nella scelta dei loro medici di fiducia; (iii) la necessità di migliorare l'esercizio del diritto alla salute. Il procuratore generale dell'Unione (AGU) ha invece sostenuto i seguenti argomenti: (i) in caso di accoglimento della richiesta, il SUS sarebbe parificato di fatto a un servizio privato; (ii) in assenza di posti letto disponibili, gli ospedali sarebbero incoraggiati a dare la precedenza ai pazienti che hanno pagato per una buona sistemazione; (iii) verrebbe violato il principio dell'isonomia di trattamento (del SUS nei confronti dei suoi utenti). Si vede, dunque, che in questo caso le comunicazioni provenienti da entrambi i sistemi coinvolti sono state prese in considerazione nella decisione.

Un caso analogo è quello del ricorso (Repercussão Geral no Recurso Extraordinário) n. 855.178/SE, presentato dall'Unione federale a fronte di una sentenza del Tribunale Regionale Federale della V Regione, che l'aveva condannata a condividere le spese di un farmaco con lo Stato del Sergipe, sulla base del fatto che la ripartizione delle attribuzioni tra gli enti federativi non esclude la responsabilità solidale imposta costituzionalmente. Fra i motivi dell'impugnazione, si evidenzia quello dell'esistenza di ripercussioni generali e, nello specifico, della violazione degli articoli 2 e 198 della Costituzione federale, a causa della mancanza di legittimazione passiva dell'Unione, poiché il SUS è ispirato al principio del decentramento. L'obbligo di fornire gratuitamente farmaci e medicinali sarebbe di esclusiva responsabilità delle autorità locali. Il ricorso (relatore il giudice Luiz Fux) ha avuto una ripercussione generale unanimemente riconosciuta ed è stato respinto a maggioranza dei voti, con la riaffermazione della giurisprudenza dominante.

Gli argomenti portati dalla politica a sostegno del ricorso sono chiaramente basati sul voto del ministro relatore. L'ente della pubblica amministrazione ha così sostenuto che il SUS si basa sul finanziamento pubblico e sulla copertura universale delle azioni sanitarie. Pertanto, è necessario prestare attenzione alla sostenibilità della spesa sanitaria e, di conseguenza, alla raccolta dei fondi. Tali conclusioni sono state criticate da altri, in particolare il principio della responsabilità solidale degli enti pubblici e il diritto alla salute come obbligo dello Stato, elementi che hanno caratterizzato l'argomentazione a sostegno del rigetto del ricorso.

Il ragionamento autoreferenziale adottato nelle sentenze rifiuta di dialogare con gli argomenti avanzati da tutte le parti coinvolte e rimanda all'analisi delle origini di questa rigida razionalità nella giurisprudenza del STF. In particolare, si ritiene che essa sia emersa a partire dal ricorso (Agravo Regimental na Suspensão de Segurança) n. 3.355/RN³⁶. Lo Stato di Rio Grande do Norte (RN) aveva chiesto alla Corte di sospendere la decisione in favore della fornitura gratuita da parte del SUS di farmaci non inclusi nell'elenco dell'Agenzia nazionale di sorveglianza sanitaria (Anvisa), utilizzati in fase post-operatoria (stent coronarici), sulla base di motivazioni legate ai possibili danni a ordine pubblico, salute, economia e sicurezza, contenute in particolare nella legge n. 4.348/1964, articolo 4.

Il giudice Ellen Greice, allora presidente del STF, respinse la richiesta di sospensione, dando luogo alla presentazione di un ulteriore ricorso (Agravo Regimental) alla corte plenaria del STF, dal quale è scaturita la sentenza analizzata qui di seguito (relatore il giudice Gilmar Mendes). Questi opera una lunga, confusa e in qualche misura inutile ricostruzione del diritto alla salute, rifacendosi alla dogmatica ed alla teoria giuridica, talvolta senza alcun collegamento diretto con il contenuto del caso in questione (facendo quasi un "copia e incolla"). Tuttavia, in alcuni punti della sua relazione è possibile trovare anche delle argomentazioni di stampo politico, a volte isolate dal nucleo argomentativo del caso *sub judice*. Nella sua argomentazione del voto c'è quindi un timido tentativo di realizzare l'accoppiamento strutturale tra politica e diritto, ma di fatto senza nessun risultato concreto.

³⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ag.R. na Suspensão de Segurança n. 3.355/RN. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 15 março de 2010. Url: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087073/agreg-na-suspensao-de-seguranca-ss-3355-rn>.

Il giudice Celso de Mello, nella sua argomentazione, difende il ruolo politico che il STF svolge nelle sue sentenze – parlando di “dimensione politica della corte”. Il magistrato però omette di menzionare le argomentazioni politiche avanzate dalla pubblica amministrazione, come se non ci fosse nulla al riguardo nel fascicolo del caso, legittimando persino l’attuazione delle politiche pubbliche da parte della magistratura nei casi in cui l’omissione da parte dello Stato sia provata. L’argomento del voto è del tutto autoreferenziale rispetto al sistema giuridico, senza alcuna apertura cognitiva nei confronti dell’ambiente esterno. L’accoppiamento tra sistemi, pertanto, non viene effettuato e la dinamica comunicativa è incentrata esclusivamente sull’argomentazione giuridica.

Il giudice Eros Grau, nella sua argomentazione, non menziona il caso da giudicare, né fatti o argomentazioni di provenienza politica. Il magistrato si limita a lodare l’argomentazione del relatore e a sottolineare che il potere è uno, indiviso, come spiegava Hegel.

Ancora, il giudice Ayres Britto, nella sua argomentazione, elogia quella volta dal relatore soprattutto per quanto riguarda il carattere contestuale ed empirico di ogni caso giudicato relativo al diritto alla salute. Non vi è inoltre alcun accenno agli argomenti politici della pubblica amministrazione, né alcun elemento del giudizio a quo giudicato che possa legittimare o meno la fornitura del farmaco richiesto.

Infine, il ministro Marco Aurélio condivide il voto del relatore e, allo stesso modo, non fa menzione di argomentazioni politiche.

4.2. Ripercussioni generali sugli Appelli straordinari (RES) 566471 e 657718

Il 28 settembre 2016 ha presso avvio presso il STF un importante dibattito sui limiti della giudicializzazione della salute, nel contesto degli Appelli straordinari (Recurso Extraordinário) n. 566471/RN – relativo all’obbligo o meno dello Stato di fornire medicinali ad alto costo ad una persona, affetta da una grave malattia, priva dei mezzi per acquistarli³⁷ – e n. 657718³⁸ – sulla possibilità che lo Stato venga obbligato a fornire farmaci non registrati presso l’agenzia Anvisa. I due appelli sono stati giudicati congiuntamente nell’ambito dello stesso procedimento (Repercussão Geral).

I voti dei giudici Edson Fachin e Roberto Barroso, ricchi di zelo ma privi di obiettività e chiarezza, propongono diversi modi di giudicare il caso specifico. La funzione del STF, tuttavia, non è quella di giudicare il caso concreto, ma piuttosto di stabilire parametri utili ad altri giudici, sulla base di un’osservazione di secondo ordine, secondo il linguaggio qui adottato.

Allo stato attuale sono migliaia i procedimenti legali in corso in Brasile che in qualche modo riguardano la salute pubblica. Questa situazione solleva alcune questioni importanti, ad esempio: i criteri proposti dai sopramenzionati giudici nella sentenza che verrà illustrata a breve possono essere di aiuto anche per i giudici che si trovano a dover decidere questa moltitudine di processi attualmente in corso? Il livello di complessità presentato dai giudici del STF suggerisce che è probabile aspettarsi che tali criteri siano elemento di confusione piuttosto che di aiuto nella risoluzione dei casi³⁹. In queste sentenze, infatti, è in gioco molto di più rispetto al semplice accesso ai farmaci richiesti.

Quindi, di fatto viene a prodursi un confronto diretto tra la magistratura e il potere esecutivo, laddove si avvia una battaglia che riduce gli spazi della scelta politica. L’ovvia discrezionalità dell’amministratore pubblico è in sintonia con l’interesse collettivo: l’amministratore ha l’onere

³⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário n. 566471/RN*. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 19 de março de 2010. Url: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=256507>.

³⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário n. 657718*. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. Processo em andamento. Url: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4143144>.

³⁹ JORDÃO 2017, 122-123.

della scelta. La definizione delle priorità da perseguire è suo compito. Questo, tuttavia, non vale quando è in gioco la salute, almeno secondo il STF – ma non secondo la Costituzione federale, vale la pena notare. Escludere, discriminare è apparentemente corretto quando si guarda alla corruzione nella politica e ai casi in cui pubblico e privato vengono a confondersi. Tuttavia, in questa maniera, si dimentica un piccolo e importante fatto: il voto popolare che si rinnova o meno ad ogni mandato⁴⁰.

Questa ricerca si interessa della costruzione dei giudizi del STF, a partire dall'analisi delle sentenze. Da qui è possibile sviluppare nuovo materiale per l'osservazione scientifica. Tuttavia, rispetto a quanto riferito dal relatore, il giudice Marco Aurélio si è concentrato sulla possibilità che le associazioni di pazienti intervengano nel giudizio come terzi interessati, senza preoccuparsi dell'eccessivo ritardo nell'esito della controversia, che potrebbe influire in maniera più pesante nel contesto complessivo della giudizializzazione della salute.

5. Risultati della ricerca

5.1. La Suprema Corte Brasiliana: un osservatore che non osserva

La giudizializzazione della salute rappresenta un'occasione per trasformare la complessità non strutturata proveniente dall'ambiente in comunicazione strutturata (per il sistema). L'ipercomplessità sociale in materia di salute rappresenta un problema centrale per il sistema giuridico, richiedendo ad esso un elevato grado di astrazione. Giudicare il diritto alla salute è una vera prova di autonomia per il diritto.

La positivizzazione del diritto alla salute è il risultato dell'operare chiuso del diritto, che produce una decisione contingente sulla base di un significato determinato, ma che avrebbe potuto essere diversa. Pertanto, è molto probabile che decisioni future avranno contenuti differenti. D'altronde, l'errore è implicito nell'operare: è un rischio inevitabile per i sistemi. Gli errori, tuttavia, possono essere corretti dopo che sono stati rilevati, e uno dei modi principali per rilevarli è quello di aprirsi all'eteroreferenza nei confronti di altri sistemi parziali, che per il sistema in questione fanno parte del suo ambiente.

In questa ricerca, il sistema giuridico non viene concepito esclusivamente come l'insieme delle norme giuridiche e l'organizzazione dell'apparato giudiziario, ma come un sistema operativamente chiuso che si connota per un operare comunicativo specifico e differenziato che si distingue rispetto ad un ambiente esterno. In questo modo, si opera qui in termini di operazioni comunicative e non di strutture normative.

Con questa premessa, e in particolare sulla base della ricerca bibliografica e documentaria finora effettuata, si può concludere che il STF, in alcune delle decisioni analizzate, non ha operato con il fine di garantire l'accoppiamento del sistema giuridico e di quello politico, che avrebbe consentito un reciproco apprendimento in modo continuo e costante. Viceversa, emerge il predominio di uno dei due codici – quello del diritto – e, quindi, la sottomissione dell'altro – quello della politica. L'appello (RE) n. 939.351-DF⁴¹ costituisce un buon esempio in questo senso. Il Distretto Federale aveva, infatti, impugnato una decisione che concedeva la fornitura di medicinali non inclusi nell'elenco dell'ANVISA per motivi puramente procedurali: la richiesta effettuata non specificava che il medicinale richiesto non figurava in tale elenco. Nel giudizio del STF non si ravvisa alcuna comunicazione tra i due sistemi coinvolti (politica e diritto). L'argomento giu-

⁴⁰ VARGAS 2017, 131-133.

⁴¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.– 1ª Turma – Ag. Reg. no RE 939.351-DF. Relator Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 29 de setembro de 2017. Url: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=939351&classe=RE&origem=AP&recurso=216&tipoJulgamento=M>.

ridico è stato trattato esclusivamente nel merito. È stato deciso che lo Stato non può esimersi dal dovere di fornire i mezzi necessari a garantire l'accesso al diritto alla salute, nonostante il carattere programmatico attribuito all'articolo 196 della Costituzione federale.

Come detto, e nonostante la questione procedurale, la sentenza decide, afferma, prende posizione, supportata da argomentazioni giuridiche, a favore della concessione del farmaco. Di contro, essa non affronta gli argomenti politici addotti dal ricorrente, limitandosi ad affermare che essi non sono sufficienti a modificare la decisione impugnata. Non c'è, dunque, accoppiamento tra il sistema politico e quello giuridico.

IL STF, in gran parte dei precedenti analizzati, ha così finito per ridurre la complessità in maniera talmente drastica da escludere dal processo decisionale gli argomenti politici. In altri casi, invece, gli argomenti politici vengono squalificati o derisi, sulla base di chiari posizionamenti morali e intenti di delegittimazione, senza alcuna preoccupazione per la costruzione di un ragionamento giuridico coerente.

Non “vedendo” l'argomentazione politica – oltre al fatto di non “irritare” i sistemi giuridici e politici, cosa che potrebbero influenzare la reciproca evoluzione – il STF finisce per bloccare la capacità di eteroreferenza dei sistemi, concentrandosi su un codice specifico. In tal modo, la cognizione si chiude e, soprattutto, se ne impedisce l'apertura al futuro, incorrendo nel grave rischio di favorire una giudizializzazione della salute che si traduce in danni alle politiche di salute pubblica, in particolare al principio di distributività sociale – un carattere essenziale della Costituzione federale (art. 196). In breve, l'osservatore non è in grado di osservare, o per dirla diversamente, dà vita ad un “dialogo fra sordi” tra le parti coinvolte.

L'interpretazione del significato dell'articolo 196 della Costituzione federale – nella sua interezza e soprattutto senza alcun riferimento esterno al contesto sociale – fornita dal STF potrà forse condurre il sistema sanitario al collasso. Non è possibile che l'eccezione diventi la regola. Ogni giorno, il numero di casi in questione aumenta. I magistrati hanno difficoltà a comprendere gli effetti delle loro decisioni e, soprattutto, che l'universalità del diritto alla salute richiede, prima di tutto, la capacità di pianificazione della pubblica amministrazione. Le ingiunzioni implicano trattamenti molto costosi e, in molti casi, vengono fatte senza nemmeno che vengano presentate a sostegno prove mediche. Viene di fatto affermata una sorta di preferenza per le cure per i ricorrenti. Ma di conseguenza ciò implica l'esclusione di molti altri. I giudici tendono così a privilegiare casi – spesso drammatici ma anche con scarso fondamento – a scapito di tutti quei cittadini che non hanno adito i tribunali⁴².

Quanto riportato dimostra che decidere sulla salute non è un compito facile per i magistrati. Ma chi ha detto che essere un giudice deve essere semplice? Al contrario, l'esercizio della magistratura richiede innanzitutto la capacità da parte del giudice di non essere coinvolto e di non avere pregiudizi di sorta rispetto alle parti in causa come pure nei confronti della collettività. Decidere se concedere o meno trattamenti costosi ai pazienti provoca malcontento. Ma ci sono differenze significative nelle conseguenze delle due possibili decisioni (a favore o contro). Negando un certo trattamento, il giudice nega qualcosa di specifico ad un individuo specifico, con un nome, un cognome, una famiglia, un avvocato etc. Soprattutto, dal momento che il soggetto risulta in principio vittima dell'inerzia statale, al punto di arrivare a rivendicare un diritto in sede giudiziaria. Gli effetti negativi sulla reputazione e sulla coscienza personale del magistrato sono dunque comprensibilmente maggiori quando le richieste vengono negate. Nel caso contrario, invece, non vi sono per il magistrato, in apparenza, conseguenze negative. Non c'è stress dal punto di vista psicologico o emotivo. Di norma, non ci si rende neanche conto direttamente se è stato commesso un errore. Questo è un effetto collaterale che finora è stato guardato con indifferenza dai magistrati.

⁴² SCHWARTSMAN 2016b, A2.

In questo scenario, la soluzione corretta⁴³ sarebbe quella di decidere se fornire o meno trattamenti e/o rimedi ad alto costo attraverso un attento esame delle ragioni delle parti, prendendo in considerazione gli argomenti ragionevoli di tutti gli attori coinvolti.

Da questa ricerca è possibile produrre due diverse constatazioni. La prima allude al fatto che il senso corretto attribuito nel presente potrebbe non essere più valido domani. La teoria, le persone e il contesto mutano, cioè muta la società e con essa le ragioni degli uomini e quelle giuridiche, adattandosi allo spirito del tempo. La seconda constatazione è che il diritto dovrebbe dialogare con il suo ambiente esterno: nel linguaggio della teoria dei sistemi sociali, si tratta dell'eteroreferenza sistemica.

Il possibile successo dell'operazione giuridica dipende dalla ricerca dell'equilibrio, attraverso la distinzione delle informazioni ottenute nell'ambiente, la loro trasformazione ai fini dell'operazione giuridica mediante l'applicazione del codice giuridico. Pertanto, la coerenza giuridica ha nell'apertura cognitiva la sua premessa funzionale. L'una non vive senza l'altra. Un'eccessiva coerenza teorica ostacola l'evoluzione del diritto perché rimuove nuove informazioni, capaci di irritare il diritto con nuovi elementi; oltre, naturalmente, contribuire a creare un rischio di generalizzazione rispetto ad aspettative irrealistiche, il che porterebbe ad una mancanza di credibilità sistemica nella società⁴⁴.

Il numero di decisioni giudiziarie che obbligano le pubbliche amministrazioni in materia di salute è spaventosamente alto. In Brasile è diffusa la tendenza ad accogliere tali richieste. Ciò implica che la salute, come bene collettivo, risulti tuttavia subordinato alle azioni individuali (593/597).

La dottrina brasiliana – o almeno parte di essa – giustifica l'approvazione (e così la legittima a livello teorico) di cure e farmaci dal costo elevato, anche in ragione del peso del *Welfare State*, che ha acquisito importanza nel XX secolo.

Non mancano critiche al processo di giudizializzazione della salute, anche se talvolta sono parziali, come quelle fatte dal gruppo di lavoro del Ministero della Salute del Governo Federale, creato proprio per cercare di comprendere questo fenomeno in Brasile e venire in soccorso dello Stato.

Nel 2015, il suddetto gruppo di lavoro ha prodotto un dossier in cui, tra le tante indagini riportate, si registrava che l'invecchiamento della popolazione, il più ampio accesso al sistema giudiziario, le nuove tecnologie nell'industria farmaceutica e, soprattutto, la predisposizione della magistratura ad accogliere le richieste relative alla salute contribuiscono a generare lo scenario caotico che va sotto il nome di "giudizializzazione della salute". L'espressione stessa "giudizializzazione" denota di per sé una tendenza nuova, che va definita attraverso una espressione apposita.

Tale tendenza viene criticata anche a causa degli effetti che comporta per la salute pubblica e talvolta anche sul paziente che ha richiesto il farmaco. Diversi sono infatti i problemi: frodi nelle liste di attesa per gli interventi chirurgici e/o le terapie farmacologiche; medicinali utilizzati per scopi diversi da quelli previsti nei rispettivi foglietti illustrativi; farmaci sperimentali senza alcuna garanzia di risultato e con rischi legati al loro utilizzo, dimostrando, tra l'altro in questo modo, anche un totale discredito nei confronti dell'Anvisa.

A tal proposito, dal 2010 al 2015, cinque tipi di farmaci hanno comportato spese superiori a 100.000.000,00 R\$ (cento milioni di reais). Diversi casi coinvolgono gli stessi medici ed avvocati, sollevando seri sospetti sull'opportunità di questa *partnership*. Nella maggior parte dei casi esaminati si fatica peraltro a dimostrare la reale necessità dei farmaci richiesti. Nelle sentenze mancano del tutto o quasi riferimenti al merito della questione.⁴⁵

In relazione ai dati presentati nella Tabella 5, che illustrano il numero complessivo dei procedimenti amministrativi per l'acquisto di medicinali da parte degli Stati della federazione brasiliana a seguito di ordinanze giudiziarie nel periodo dal 2009 al 2015, vale la pena di ricordare che tali costi

⁴³ SCHWARTSMAN 2016b, A2.

⁴⁴ CORREIA 2014, 199.

⁴⁵ VESTING 2015b, 12, 20, 22, 27, 31.

non includono negli importi stabiliti dai giudici relativi a cure mediche, ricoveri, depositi giudiziari, accordi con altre entità coobbligate e farmaci ritirati direttamente dai programmi sanitari.

L'ideale di giustizia, lungo tutta la storia dell'umanità, implica il problema della distribuzione delle risorse: "dare a ciascuno ciò che gli appartiene", evidenziando un'uguaglianza proporzionale, come elaborato anche nel digesto, dai greci, dagli stoici. A questo problema, tuttavia, sono state date risposte molto differenti nelle diverse società, sulla base anche dei principi di distributività e commutatività nelle relazioni private, in riferimento al risarcimento danni e/o alla regolazione delle relazioni stesse attraverso i contratti. La questione della distributività ha riguardato dunque la distribuzione di beni e diritti all'interno della società⁴⁶.

6. Cosa c'è dietro l'autoreferenzialità della Corte Suprema?

6.1. Il diritto alla salute come diritto umano inalienabile

Il fondamento assiologico del diritto alla salute nelle sentenze del STF ruota attorno al collegamento di questo diritto ai diritti umani. Le idee di ragione universale, dell'indisponibilità e dell'irrevocabilità dei diritti, espressione di una posizione "umanista", vengono pienamente incorporate nel modo di pensare del STF. In effetti, la Corte si è ripetutamente pronunciata sull'obbligo dello Stato di fornire farmaci e assistenza sanitaria indipendentemente dal loro costo o dall'effettiva disponibilità di fondi pubblici, sulla base del fatto che la salute è un bene indisponibile. Le decisioni analizzate esprimono tale indisponibilità, anche a fronte di argomenti difficili da negare, come l'effettiva scarsità delle risorse pubbliche. L'indisponibilità del diritto alla salute è così una posizione spesso assoluta e che non si preoccupa delle sue implicazioni concrete, come nella sentenza dell'appello (Agravo de Despacho Denegatório de Recurso Extraordinário) n. 640722/SC⁴⁷.

Nell'insieme delle decisioni analizzate, il diritto alla salute viene dunque inteso come inviolabile. Il ragionamento logico proposto dalla maggior parte di queste decisioni rimanda ad altre decisioni che a loro volta si fondano sull'affermazione, da parte del STF, del diritto alla salute come diritto umano fondamentale. In questo modo, esso viene definito un diritto inviolabile, che deve tradursi nell'obbligo da parte dello Stato (nel suo complesso) di garantire la fornitura di medicinali, in particolare nel caso di malattie gravi.⁴⁸

Le posizioni espresse nelle decisioni danno alle norme costituzionali programmatiche un profilo completamente diverso rispetto all'assetto classico definito nel 1960 da José Afonso da Silva. Nelle decisioni analizzate, il presupposto che il diritto alla salute è enunciato in una norma pro-

⁴⁶ VESTING 2015b, 183-186.

⁴⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 640722/SC*. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Requerente: União. Requerido: Ministério Público Federal. Intimado: Estado de Santa Catarina. Intimado: Município de Videira. Brasília, DF. Julgado em 24.05.2011. Publicado em 30.05.2011. Url: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22936567/recurso-extraordinario-com-agravo-are-640722-sc-stf>. Di seguito un estratto della sentenza (p. 1): «1. La Costituzione federale prevede specificamente la salute come diritto di tutti e dovere dello Stato (art. 196). Da qui la seguente conclusione: è obbligo dello Stato in generale (Unione, Stati e Comuni) garantire che le persone prive di risorse finanziarie abbiano accesso ai farmaci necessari per curare i loro mali, specialmente quelli più gravi. [...] 2. Il diritto soggettivo pubblico alla salute rappresenta una prerogativa giuridica indisponibile, garantita dalla stessa Costituzione della Repubblica (articolo 196) [...] 3. Il potere pubblico, qualunque sia la sfera istituzionale della sua azione a livello dell'organizzazione federale brasiliana, non può restare indifferente al problema della salute della popolazione, pena l'incorrere in gravi comportamenti incostituzionali».

⁴⁸ Nella stessa ottica, si citano anche le seguenti decisioni: RE 393.175-AgR/RS e AI 662.822/RS, Rel. Min. Celso de Mello; RE 566.575/ES, Rel. Min. Ayres Britto; RE 539.216/RS, Rel. Min. Eros Grau; RE 572.252/RS, Rel. Min. Cezar Peluso; AI 507.072/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa; RE 535.145/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia; AI 635.766/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

grammatica, viene interpretato come una promessa che non è possibile trascurare. Questa affermazione è considerata indiscutibile. Per questo motivo, viene ripetuta come un assioma in un gran numero di decisioni, come, ad esempio, nelle sentenze AI n. 662822/RS e AGR in RE n. 393175/RS. A titolo illustrativo riportiamo un estratto dell'appello RE n. 535145-MT:

«[...] L'interpretazione della norma programmatica non può trasformarla in una promessa costituzionale irrilevante. - Il carattere programmatico della norma iscritta nell'articolo 196 della costituzione - che si rivolge a tutte le entità politiche che compongono, a livello istituzionale, l'organizzazione federale dello Stato brasiliano - non può diventare una promessa costituzionale senza conseguenze, a pena che il potere pubblico, negando le giuste aspettative riposte in esso dalla collettività, si riveli illegittimamente inadempiente rispetto ai propri doveri, con un gesto irresponsabile di infedeltà governativa a ciò che la costituzione determina [...]».

In questo scenario giurisprudenziale, perde il suo significato originario la posizione teorizzata dal già citato e noto costituzionalista da Silva, che coniò l'idea di norme programmatiche come programmi che devono essere adempiuti dallo Stato: linee guida che i governanti devono prendere in considerazione nelle loro decisioni, pur non vincolandoli ad un loro effettivo compimento sul momento. In definitiva, il tempo per realizzare il «programma del diritto alla salute» è passato; la sua interpretazione è molto più vicina alle regole di efficacia immediata - una classificazione proposta anche da José Afonso da Silva -, nonostante il fatto che proprio il STF le definisca ancora norme programmatiche.

6.2. Il diritto moderno come sistema differenziato di funzione

Ogni sottosistema di funzione è direttamente collegato all'evoluzione sociale e questo vale naturalmente anche per il diritto⁴⁹. Questo sistema, nella visione proposta dalla teoria dei sistemi sociali, si è evoluto ed è cresciuto in termini di complessità, evolvendo in diritto positivo nel segno della differenziazione funzionale⁵⁰.

Il concetto di differenziazione funzionale ha allontanato la descrizione luhmanniana dal positivismo giuridico: il diritto imposto da una decisione e modificabile da un'altra è un diritto positivo⁵¹. Così, la positività, come caratteristica principale del diritto moderno, può essere sostituita da operazioni sistemiche di riflessione interna: tale diritto è dunque caratterizzato da un lato dalla chiusura operativa e dall'altro da un'apertura alle comunicazioni provenienti dall'ambiente esterno.

L'evoluzione del diritto è determinata dallo stesso fattore che guida quella del sistema sociale globale, cioè la complessità, che implica la coesistenza di un numero di situazioni e possibili eventi⁵². Il processo evolutivo è il risultato della sequenza, variazione, selezione e stabilizzazione delle strutture. All'inverso, si assiste a una situazione di "involuzione" (mancata presa in carico da parte del sistema giuridico di nuova complessità).

⁴⁹ LUHMANN 2002, 625-664. Si veda anche NEVES 2006, 18: «L'evoluzione della società come sistema sociale generale è direttamente collegata all'evoluzione dei suoi sottosistemi funzionali. Per Luhmann a ogni tipologia di differenziazione della società, corrisponde uno specifico diritto. Così, alle società segmentate corrisponde il diritto arcaico, ad esempio, mentre nelle culture avanzate pre-moderne il diritto si struttura in senso gerarchico».

⁵⁰ Non si tratta di uno sviluppo lineare, ma che procede "a salti", come illustra Neves (NEVES 2006, 20): «In modo tale che tracce legali di culture avanzate, pre-moderne e persino arcaiche possano essere trovate nel presente».

⁵¹ LUHMANN 1995, 141 e NEVES 2006, 24: «Só quando o direito passa a ser regularmente posto e alterável por decisão é que se pode falar de positividade».

⁵² LUHMANN 1990, 38: «L'evoluzione viene concepita come accrescimento della complessità, come incremento del numero e della diversità delle situazioni e degli eventi possibili».

Il STF, trattando il diritto alla salute come un diritto intoccabile, cerca semplicemente – forse in maniera inconsapevole – di chiudere l’operazione del sistema giuridico alle nuove esigenze della società. Si tratta di un’artificiosità molto diffusa nel diritto in altri tempi, il cui uso eccessivo e sproporzionato può, tuttavia, aumentare notevolmente la pressione sociale proveniente dall’ambiente esterno, al punto da sottoporre il sistema a una pressione molto maggiore di quanto la sua capacità operativa non possa sopportare.

6.2.1. *Concetti dogmatici assunti nelle decisioni della Corte costituzionale*

Le decisioni giudiziarie aiutano a comprendere e definire i concetti teorici prodotti nell’ambito della dogmatica giuridica. Tuttavia ciò che interessa qui sono le comunicazioni del sistema giuridico e i giudizi dei magistrati. Non importa cosa pensino personalmente i giudici del STF, ma come essi articolano il loro pensiero nella sentenza o nel voto. I sistemi stessi osservano attraverso la comunicazione. Quindi, senza comunicazione non c’è nulla da osservare – come nel noto gergo forense: «ciò che non è nei registri non è nel mondo fenomenico» – o, nei termini della teoria dei sistemi sociali, si potrebbe dire: «ciò che non è nella comunicazione non esiste nel sistema».

Sulla base dell’analisi compiuta, la ricerca è giunta alla seguente conclusione: ciò che sta dietro la totale chiusura operativa del STF è il predominio dell’ideologia nota come “minimo esistenziale” – che in giurisprudenza, di “minimo” non ha assolutamente nulla – rispetto ad un altro concetto noto come “riserva del possibile”, come esemplificato paradigmaticamente dal ricorso RE n. 642536 AgR/AP⁵³. Il dibattito che coinvolge le due espressioni è noto, prima a livello dottrinale e in seguito giurisprudenziale. Esso ha spesso assunto un tono caricaturale: da un lato, i difensori del minimo esistenziale si presentano come difensori dei diritti (a volte sotto l’etichetta di neocostituzionalisti, post-positivisti o altri attributi positivi); dall’altro, i sostenitori della riserva del possibile (etichettati come conservatori, neoliberalisti o qualsiasi altro attributo negativo).

Parte della dogmatica giuridica ha contribuito a dar vita ad un’interpretazione assoluta del minimo esistenziale, che si traduce in decisioni che si dimostrano indifferenti nei confronti dell’ambiente esterno al diritto. I diritti soggettivi assoluti, tuttavia, sono “egoistici”, in quanto avvantaggiano alcuni soggetti rispetto a tutti gli altri. Affidarsi alla magistratura e incoraggiare pretese che lasciano credere che sia legittimo più di quanto sia realmente possibile per la società, genera, tra i tanti danni, un’ipercomplessità sociale difficile da gestire. Inoltre, l’espansione del diritto può danneggiare altri sistemi e ambiti, come ad esempio il sistema sanitario pubblico, che garantisce un accesso integrale, universale e gratuito.

L’approccio sistemico enfatizza invece alcune dimensioni dell’ordinamento giuridico, in particolare la coerenza interna (autoreferenza) e l’apertura all’esterno (eteroreferenza)⁵⁴.

Nello scontro tra l’argomento del “minimo esistenziale” e quello della “riserva del possibile” non ci dovrebbero essere dunque né perdenti né vincitori. C’è invece bisogno di un dialogo costante, che dovrebbe essere intrapreso in tutte le decisioni analizzate: tuttavia questo in alcune di esse non si è verificato.

⁵³ «La controversia oggetto del presente procedimento – possibilità o meno della magistratura di determinare al ramo esecutivo l’adozione di misure amministrative volte a migliorare la qualità della fornitura di servizi sanitari da parte degli ospedali pubblici – è stata sottoposta all’esame del Supremo Tribunale federale nell’azione SL 47-AgR (relatore Gilmar Mendes), DJ del 30.4.2010. In tale sentenza, questa Corte, ponderando i principi del “minimo esistenziale” e della “riserva del possibile”, ha stabilito che, quando si tratta del diritto alla salute, l’intervento giudiziario è possibile, non indicando nuove interpretazioni giuridiche, ma soltanto richiamando l’esecutivo al rispetto delle politiche pubbliche precedentemente stabilite». BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. RE n. 642536 AgR/AP. Relator Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2013. Url: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22882847/recurso-extraordinario-re-642536-ap-stf>.

⁵⁴ CORREIA 2014, 199.

Le decisioni del STF dovrebbero così garantire una reciproca irritazione fra i codici della politica e del diritto, al fine di: (i) consentire che questi sistemi comunichino ad un livello paritario, quindi senza alcuna sovrapposizione di un codice sull'altro e, di conseguenza, (ii) rendere la giurisprudenza un "equivalente funzionale", nel senso che l'apertura cognitiva garantirebbe la possibilità di variazione della comunicazione e la chiusura verso la ridondanza, come descritto da Luhmann⁵⁵.

Nelle sentenze che non presentano possibilità di accoppiamento tra i sistemi coinvolti, è stata talvolta adottata una posizione di tipo liberale. Tuttavia, a causa della natura distributiva del diritto alla salute, esso va applicato come un diritto sociale e non come un diritto liberale.

Se è vero che il principio della "riserva del possibile" ha prevalso a scapito dell'attuale vincitore del "minimo esistenziale", è però anche vero che tali concetti derivati dalla dogmatica non occupano un ruolo di primo piano nei giudizi analizzati. Invece, l'argomento più ricorrente è quello della separazione dei poteri, come principio che consente di accedere, attraverso il diritto, alle prestazioni negate dallo Stato.

Gli argomenti presenti in una parte delle decisioni analizzate non fanno praticamente menzione del principio della separazione dei poteri, concentrandosi solo sul dialogo dei sordi nell'autoreferenzialità del minimo esistenziale. L'interpretazione giudiziaria è talvolta caratterizzata come un prodotto della società, influenzata dai valori inerenti alla collettività o addirittura limitata a gruppi specifici come i magistrati. Nell'interpretazione giudiziaria, la contingenza sociale si materializza e, quindi, il significato dell'interpretazione è sempre variabile, alternato. Altrimenti, però, quando la Corte si chiude a nuovi argomenti, finisce per non tenere conto di nuove e più contingenti variabili presenti nella società contemporanea⁵⁶.

6.3. *La (Parte) Corte Suprema che realizza l'accoppiamento strutturale*

La delimitazione semantica della costituzione è maturata nel corso dei secoli, tanto che oggi se ne ha un'idea piuttosto precisa a livello generale⁵⁷. È possibile, in questo senso, attribuire all'ordine costituzionale la natura di fattore e prodotto della differenza funzionale tra politica e diritto. Esso rappresenta, per usare una metafora, una strada a doppio senso su cui viaggiano comunicazioni ininterrotte fra un sistema e l'altro⁵⁸.

La Corte suprema ha operato in alcune sentenze all'insegna dell'accoppiamento strutturale, garantendo un rapporto orizzontale tra il sistema giuridico e quello politico. In questo senso, è possibile identificare comunicazioni costanti e continue tra i sistemi accoppiati (legale e politico)⁵⁹. Inoltre, non è possibile che un sistema autopoietico sia totalmente chiuso. L'accoppiamento strutturale realizza la comunicazione tra i suddetti sistemi.

Il rapporto tra sistema politico e giuridico è forse uno dei rapporti più stretti tra i sistemi sociali parziali della società. Da qui i rischi relativi ad una "giuridicizzazione della politica" e ad una "politicizzazione del diritto". Tuttavia, esercitando il suo ruolo costituzionale, il STF dovrebbe agire *allo stesso tempo* a livello del diritto e della politica, irritando reciprocamente entrambi i sistemi. Il risultato è una maggiore complessità e, quindi, una maggiore variabilità nel processo decisionale di entrambi i sistemi parziali.

⁵⁵ LUHMANN 2016, 222 e 226.

⁵⁶ CAMPILONGO 2012, 136.

⁵⁷ Questo cambio di paradigma può già essere osservato nelle traduzioni dell'opera di Aristotele, in cui il senso attribuito alla Costituzione è contingente, in particolare nella traduzione spagnola di J. Marias e M. Araujo, laddove nel testo originale è possibile rilevare più di un significato. Si veda NEVES 2007, 57.

⁵⁸ NEVES 2007, 65.

⁵⁹ CAMPILONGO 2002, 95; NEVES 2007, 69.

“Contingenza” è la parola d’ordine che segna questo processo, risultato dell’intrinseca iper-complessità della società moderna. Quest’ultima è appunto funzionalmente differenziata in sottosistemi societari caratterizzati da uno specifico codice binario e da una propria funzione. In questa sedesono stati presi in considerazione quello politico e quello del diritto. Il primo è caratterizzato dal codice potere/non potere, le cui selezioni interne producono leggi, ordinanze, decreti, ecc., e la cui produzione vincola la società.

L’ordinamento giuridico, di conseguenza, riceve valori già determinati e deve agire sulla base di essi, allo scopo di garantire il mantenimento delle aspettative normative⁶⁰.

Un esempio di accoppiamento strutturale realizzato è il giudizio del ricorso (Repercussão Geral no RE) n. 979.742-AM⁶¹. Lo scambio di informazioni tra i sistemi coinvolti è caratterizzato dal fatto che gli argomenti politici e giuridici sono facilmente distinguibili nella lettura della sentenza. Ragioni politiche e giuridiche dialogano tra loro, evidenziando un gioco comunicativo molto chiaro. La decisione risulta paradigmatica poiché il caso è stato considerato all’unanimità di “ripercussione generale”, infatti, influenzerà casi simili in futuro.

Il ricorso presentato impugna la condanna dell’Unione federale e dello Stato coinvolto a sostenere i costi di una procedura chirurgica non disponibile nella rete pubblica. Il ricorrente aveva chiesto il pagamento di un intervento di artroplastica totale primaria, senza la procedura di trasfusione di sangue (normalmente eseguita), sulla base del fatto di appartenere ai Testimoni di Geova, i cui precetti, come è noto, vietano qualsiasi tipo di trasfusione di sangue. Tale chirurgia non è offerta dal SUS. Lo Stato è stato però condannato a pagare cure, visite e farmaci, nonché i biglietti aerei per il paziente e il suo compagno.

La formulazione della decisione in questione chiarisce il ruolo dell’accoppiamento realizzato tra politica e diritto dalla Costituzione federale. Le informazioni provenienti da entrambi i sistemi si scontrano: gli argomenti che invocano la tutela costituzionale della libertà religiosa, la dignità della persona umana e la tutela della salute giustificerebbero la concessione della misura richiesta. Ma ci sono anche argomenti politici: considerare come assoluti il diritto alla salute e la libertà religiosa, ignorando la realtà e il contesto sociale brasiliano, danneggerebbe l’universalità e l’uguaglianza dell’accesso al diritto alla salute. Le convinzioni religiose devono essere rispettate, ma ciò non significa che lo Stato debba essere obbligato a sostenere costi derivanti dalle particolarità di ciascuna religione. Questo obbligo renderebbe impraticabile qualsiasi tentativo di strutturare il sistema sanitario.

Dalle decisioni del STF, la politica e il diritto non solo sviluppano sensibilità per risolvere determinati problemi posti dall’ambiente esterno, ma producono anche un coordinamento pragmatico tra i sottosistemi autopoietici, operativamente chiusi e strutturalmente accoppiati⁶².

L’accoppiamento strutturale è così chiamato perché collega le strutture dei sistemi e, inoltre, presuppone due sistemi stabili in virtù della propria dinamica. Le strutture proprie del sistema fungono da collegamento operativo. Viene così garantita la continuità dell’*autopoiesi* del sistema operativo, attraverso una stabilità temporale nel passaggio da un’operazione all’altra⁶³. I sistemi parziali devono comunicare per cercare un adattamento nei confronti dell’ambiente^{64 65}.

⁶⁰ Sulla funzione del sistema politico e giuridico, si veda CAMPILONGO 1998, 58.

⁶¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Repercussão Geral no RE n. 979.742- AM. Plenário Relator Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 29 de junho de 2017. Url: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312131513&tipoApp.

⁶² CAMPILONGO 2012, 50.

⁶³ LUHMANN 1989, 27ss: «Il concetto presuppone dei sistemi, che ottengono la loro stabilità grazie alla propria dinamica. Le strutture proprie del sistema servono a un collegamento operativo, a una continuazione dell’*autopoiesi* del sistema da operazione a operazione, quindi da momento a momento». Si veda SCHUARTZ 2005, 92.

⁶⁴ RODRÍGUEZ MANSILLA 2002, 24.

⁶⁵ L’esempio è proposto da CAMPILONGO 2012, 53.

Una parte delle sentenze presenta fattori di esclusione e inclusione, aggiungendo nuovi valori ed escludendone altri precedentemente imposti dal diritto. La comunicazione irrita i sistemi⁶⁶ e consente lo scambio costante di influenze reciproche tra i sottosistemi, attraverso un'operazione di filtraggio. Pertanto, viene costruita una soluzione giuridica rispetto all'autoreferenzialità del sistema politico e, allo stesso tempo, viene fornita una risposta politica all'autoreferenzialità del sistema giuridico⁶⁷.

La proposta di descrivere la costituzione come un accoppiamento strutturale presuppone l'esistenza di due sistemi parziali (in questo caso, diritto e politica) che sono autonomi nelle loro operazioni e che, per evolversi, hanno bisogno di ricevere una nuova comunicazione, chiamata qui "irritazione", al fine di effettuare una riflessione interna e stabilizzare l'irritazione attraverso una nuova comunicazione. Accoppiare, tuttavia, significa creare le condizioni per garantire un'irritazione ininterrotta. L'accoppiamento è una struttura creata proprio per perseguire una "concentrazione comunicativa" tra sistemi. Le irritazioni sono generate da eventi e situazioni originate dall'ambiente esterno al sistema.

La separazione dei poteri rappresenta un valore intrinseco del costituzionalismo moderno. Rari sono i casi di costituzioni che non la adottano come struttura di base nel rapporto tra i poteri stessi. Valori, principi e norme, caratteristici della società complessa, quando non attuati perdono la loro vocazione di auto-attuazione, richiedendo necessariamente specifiche strutture organizzative. Le strutture sono costruite sulla base delle organizzazioni. La magistratura è una di queste. Il STF è l'organizzazione per eccellenza preposta alla costruzione del significato e alla definizione della portata delle norme costituzionali.

L'indeterminatezza delle norme costituzionali, da un lato, legittima l'operazione di costante ricerca di un significato interno al diritto (la separazione dei poteri e il diritto alla salute sono esempi di questo); dall'altro, garantisce il mantenimento nel tempo di questi valori come diritti positivi, rendendo possibile la loro costante ricostruzione in virtù di un processo autopoietico di riflessione interna e adattamento a ciò che proviene dall'esterno. Se la natura della teoria dei sistemi è senza dubbio descrittiva, di fatto in essa è possibile riconoscere tracce di normatività, in particolare nell'autonomia dei sistemi di funzione⁶⁸.

⁶⁶ RODRÍGUEZ MANSILLA 2002, 51: «Los acoplamientos estructurales sólo funcionan con un efecto de inclusión y de exclusión. Una Constitución, por ejemplo, puede haber sido aprobada en su texto, pero no funcionará se no puede evitar los efectos contrarios a la constitución de la violencia política sobre el sistema del Derecho. Estos acoplamientos estructurales, por otra parte, conforman mecanismos que son considerados de manera distinta por cada uno de los sistemas acoplados y de esta manera se consiguen las irritaciones o gatillamientos mutuos».

⁶⁷ NEVES 2006, 97-99.

⁶⁸ VILLAS BÔAS 2009, 277; LUHMANN 2016, 41.

Riferimenti bibliografici

- BUSCATO M. 2017. *O ano em que a saúde chegou aos tribunais*, in «Revista Época», 2017.
- CAMPILONGO C. F. 2000. *O direito na sociedade complexa*, Max Limonad.
- CAMPILONGO C. F. 2002. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, Max Limonad.
- CAMPILONGO C. F. 2012. *Interpretação do direito e movimentos sociais*, Elsevier.
- CARNELUTTI F. 2010. *Como nasce o direito*, Russell Editores (VI edizione, trad. it. di R.R. Gama Campinas).
- COLLUCI C. 2015. *Sem critérios, desigualdade em saúde tende a aumentar*, in «Jornal Folha de São Paulo», 29 set. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1817860-sem-criterios-desigualdade-em-saude-tende-a-aumentar.shtml>.
- CORREIA J.G.V. 2014. *Sociologia dos direitos sociais: escassez, justiça e legitimidade*, Saraiva
- FEBBRAJO A. 1975. *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*, Giuffrè.
- GROSSI P. 2003. *Prima lezione di diritto*, Laterza.
- GUERRA F., WILLIS S. 2011. *Posição das cortes constitucionais no sistema jurídico: pequena contribuição para discutir fundamentos racionais do pensar nos tempos de judicializar do direito a partir da teoria de sistemas sociais autopoieticos*, in RISTER DE SOUSA LIMA F., MARTINS PORT O.H., LIMA DE OLIVEIRA R.S. (eds.), *Poder Judiciário, direitos sociais e racionalidade jurídica*, Campus Jurídico.
- IZUZQUIZA I. 1990. *Introducción*, in LUHMANN N. (ed.), *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Paidós (trad. it. di S. Lópes Petit e D. Schmitz).
- JORDÃO E. 2017. *Menos é mais: o Supremo, o Judiciário e os medicamentos*, in FALCÃO J., ARGUELHES D.W., RECONDO F. (eds.), *Onze supremos: o Supremo em 2016*, Casa do Direito, 122 s.
- LUHMANN N. 1989. *L'informazione nell'economia e nel diritto*, in *Osservatorio "Giordano Dell'Amore"*, Cariplo, 27 ss.
- LUHMANN N. 1990. *Sistemi sociali*, trad. it. di A. Febbrajo e R. Schmidt, il Mulino.
- LUHMANN N. 1995. *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Giuffrè.
- LUHMANN N. 1996. *La costituzione come acquisizione evolutiva*, in ZAGREBELSKY G., PORTINARO P.P., LUTHER J. (eds.), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, 83 ss.
- LUHMANN N. 2002. *Die Politik der Gesellschaft*, Suhrkamp.
- LUHMANN N. 2007. *La Sociedad de la Sociedad*, trad. di J. Torres Nafarrate, Herder/Universidad Iberoamericana, 69 s.
- LUHMANN N. 2013. *Das recht der gesellschaft*, Suhrkamp.
- LUHMANN N. 2016. *O direito da sociedade*, trad. di S. Krieger, Martins Fontes.
- MASCARENO A. 2016. *Prefácio II – A Teoria dos Sistemas Sociais, de Luhmann, como teoria geral*, in STAMFORD DA SILVA A., *10 lições sobre Luhmann*, Vozes.
- MANSILLA D.R., NAFARRATE J.T., 2002. *Invitación la sociología de Niklas Luhmann*, in: LUHMANN N., *El derecho de la sociedad*, trad. di Javier Nafarrate Torres, Herder.
- NEVES M. 2006. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, Martins Fontes.
- NEVES M. 2007. *A constitucionalização simbólica*, Martins Fontes.
- NEVES M. 1992. *Da autopoiese à alopoiese do Direito*, in *Separata do Anuário do Mestrado em Direito*, Editora Universitária da Univ. Fed. de Pernambuco, 273 ss.
- RABELO QUEIROZ R.M. 2015. *Monografia jurídica: passo a passo*, Método.

- RISTER DE SOUSA LIMA F. 2010. *Constituição Federal: acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico*, in «Direito Público», 32, 2010.
- RISTER DE SOUSA LIMA F. 2012. *Sociologia do direito. O direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*, Juruá (II ed.).
- LOPES J. R. DE LIMA, 2014. *O direito na história. Lições introdutórias*, Atlas.
- RODRÍGUEZ MANSILLA D. 1995. *Introducción*, in LUHMANN N., *Poder*, trad. di Luz Mónica Talbot, Anthropos.
- SEVERINO A.J. 2007. *Metodologia do trabalho científico*, Cortez.
- SCHUARTZ L.F. 2005, *Norma contingência e racionalidade*, Renovar.
- SCHWARTSMAN H. 2016a. *Sangria na saúde*, in «Jornal Folha de São Paulo», 7 set, 2016. A2.
- SCHWARTSMAN H. 2016b. *O dilema da saúde*. *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 30 settembre 2016, A2.
- STAMFORD DA SILVA A. 2016. *10 lições sobre Luhmann*, Vozes.
- VARGAS D. 2017. *A desarmonia entre os poderes*, in FALCÃO J., ARGUELHES D.W., RECONDO F. (eds.), *Onze supremos: o Supremo em 2016*, Casa do Direito, 131 s.
- VESTING T. 2015a. *Rechtstheorie*, C.H. Bech.
- VESTING T. 2015b. *Teoria do Direito. Uma introdução*, Saraiva.
- VILLAS BÔAS FILHO O. 2009. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*, Saraiva.