

Il limite economico delle decisioni giudiziarie nell'ambito della salute pubblica in Brasile

Fernando Rister de Sousa Lima, Matteo Finco

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Quadro teorico e dati empirici. – 3. Il paradosso e il codice del sistema giuridico. – 4. «Casi difficili» affrontati dal diritto: la «giudizializzazione della salute» in Brasile. – 5. Il «limite economico» del diritto. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Nell'ambito della teoria dei sistemi sociali di Niklas Luhmann, nella società moderna la funzione del diritto riguarda il mantenimento delle aspettative normative nel corso tempo. Pertanto il diritto contribuisce, in primo luogo, a far sì che i valori sanciti dalle norme giuridiche continuino a essere socialmente validi; secondariamente, a guidare le condotte e risolvere i conflitti. In maniera continuativa e costante, le operazioni del diritto – ovvero comunicazioni caratterizzate dallo specifico «codice» ragione/torto [*Recht/Unrecht*] – condizionano gli altri sottosistemi (o «sistemi parziali») della società, imponendo ad essi le decisioni giuridiche. È questa la *routine* del sistema del diritto: decidere in maniera vincolante.

A partire da tale contesto teorico, questa ricerca tratta del limite economico all'intervento del diritto nei confronti del sottosistema della politica, nello specifico relativamente alla sanità pubblica. Detto altrimenti: fino a che punto risulta sostenibile per lo Stato l'imposizione di specifiche spese prescritte dal sistema giuridico attraverso le decisioni delle Corti? E quali sono le conseguenze di ciò? Più importante ancora: fino a che punto è opportuno, ai fini dell'«equilibrio», dell'integrazione della società, che siano le corti a decidere se lo Stato debba intervenire economicamente a fronte della richiesta di un cittadino?

Implicitamente, ciò significa porsi il medesimo interrogativo (sulla «sostenibilità» delle prescrizioni di natura economica) relativamente agli altri sottosistemi, e chiedersi quali siano le conseguenze.

Non viene qui presa in esame la legittimità (o non-legittimità) delle decisioni, e neanche ci si chiede se e quando esse risultino «giuste». Non si tratta dunque di una ricerca nell'ambito della dogmatica giuridica o della filosofia del diritto. Ci si concentra invece sulle relazioni che intercorrono tra i sottosistemi della socie-

tà, con l'intento di osservare in che misura le decisioni giuridiche – e dunque il codice del diritto ragione/torto – possano (ma anche debbano) essere imposte al sistema politico. Per fare questo, le considerazioni vengono tratte a partire da dati empirici riguardanti procedimenti nell'ambito della salute.

Le risposte ipotizzate in partenza sono le seguenti: (i) non vi è alcun limite economico rispetto alle decisioni dei tribunali; (ii) il limite varia a seconda del tipo di diritto violato; (iii) la «corruzione» del codice di un altro sottosistema rappresenta il limite dell'imposizione giuridica sugli altri sistemi.

2. *Quadro teorico e dati empirici*

Di particolare importanza risultano qui alcuni concetti della teoria dei sistemi sociali di Niklas Luhmann: programma, codice, corruzione del codice, comunicazione differenziata. Nonostante la ricerca sia di stampo teorico, tuttavia prende in analisi dati empirici raccolti a partire da una bibliografia consistente in fonti dirette e indirette: 1) dati del Consiglio nazionale di giustizia (CNJ) relativi al 2013 («*Justiça em Números*»), utili per farsi un'idea generale del cosiddetto «attivismo giudiziario»; 2) dati della *Advocacia Geral da União* («*Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde*»), utili per avere contezza della dimensione dell'impatto della «judicialização da saúde» a livello nazionale. Oggetto di studio sono pertanto i procedimenti giudiziari in cui vengono avanzate pretese nei confronti dell'Unione federale brasiliana relativamente al diritto alla salute. Vengono messi a confronto due periodi di tempo: 2005-2012 e 2006-2015. Nonostante le differenze nell'atteggiamento delle corti, come pure delle condizioni regionali relative alla promozione e all'attuazione del diritto alla salute, i dati forniscono un'idea di quel che accade nel paese nel suo complesso.

3. *Il paradosso e il codice del sistema giuridico*

Fra le caratteristiche del diritto inteso come sottosistema della società, due distinzioni vanno tenute in considerazione combinatamente: quella fra aspettative normative e aspettative cognitive e quella fra diritto e non diritto (ragione/torto). Tale binomio è un prodotto del sistema giuridico: un sistema riflessivo, le cui operazioni generano stimoli/irritazioni sia all'interno del diritto stesso che all'esterno, cioè nei confronti dei sottosistemi interessati dalle comunicazioni giuridiche – nello specifico decisioni giudiziarie. Le ricadute sugli altri sottosistemi della società prendono forma proprio a partire dalle due distinzioni appena citate – che

rimangono costanti, mentre invece variano altri parametri quali il senso oggettivo, il contenuto delle norme e i programmi del diritto (N. Luhmann, 1993). In questo modo, le decisioni giudiziarie alimentano la riflessività dei sistemi autopoietici (cioè quelli che producono da sé i loro elementi e loro strutture), influenzando le loro operazioni successive.

Il paradosso – cioè la situazione in cui le condizioni di possibilità di una operazione o di un evento sono al contempo le condizioni di impossibilità della stessa operazione o dello stesso evento (es.: il noto «paradosso del mentitore») – è una caratteristica della società contemporanea (l'elevato numero di situazioni paradossali nella quotidianità sociale lo testimonia). I paradossi sono cioè strutture costanti nei processi di differenziazione funzionale, ovvero quei processi in virtù dei quali singoli sottosistemi della società si autonomizzano in base a una specifica funzione (si pensi al diritto, di cui si è detto in apertura). La loro risoluzione rappresenta uno dei grandi motori del processo evolutivo della società, in quanto «risolvere» – o meglio «superare» – un paradosso, richiede un aumento di complessità dell'osservazione e quindi un incremento della complessità che è possibile affrontare da quel momento in avanti. Ad esempio, nell'ambito del diritto è possibile vedere che – a causa di contenziosi giudiziari sempre più complessi, dalle origini più diverse, che presentano situazioni inedite – il sistema si trova a dover aumentare la propria capacità di astrazione e la propria complessità.

Il paradosso principale di tale sistema consiste nella necessità di dover sempre decidere: il *non liquet* rappresenta di conseguenza una sfida fondamentale per il sistema stesso. La soluzione a questo problema consiste nel ridimensionamento del semplice paradigma gerarchico all'interno del sistema giuridico. Occorre abbandonare cioè l'idea di gerarchia (riguardante le fonti del diritto e l'asimmetria fra legislazione e giurisprudenza) e pensare a partire dalla polarità centro/periferia, utilizzando un processo di riflessione interna.

Il centro del sistema giuridico è rappresentato da corti e tribunali. È qui che giungono le «irritazioni» al sistema, «tradotte» in forma giuridica: ovvero, le sempre nuove pretese della società vengono rivendicate nel sistema giuridico nella forma di azioni giudiziarie. Queste a loro volta costituiscono un'opportunità per il sistema del diritto, in quanto consentono ad esso di autoconservarsi e rilegittimarsi mentre viene riproducendosi, potendo così «restare al passo» dei cambiamenti che avvengono nella società, e continuando a fornire a essa la sua prestazione (decidere in maniera vincolante), tuttavia in situazioni sempre più complesse (N. Luhmann, 2016, 428).

In questo senso il diritto «funziona» – come già detto – in base a un codice specifico (ragione/torto) – non più a partire da punti di vista ad esso esterni (morale, politica, religione, ecc.) – e attraverso specifici programmi (ossia regole decisionali) che consentono di imputare correttamente i valori del codice stesso. Ciò porta alla produzione di decisioni, le quali appunto «materializzano» la

distinzione (ragione/torto), che «occulta» il paradosso iniziale (N. Luhmann, 2016, 413-414, 426-429).

4. «Casi difficili» affrontati dal diritto: la «giudizializzazione della salute» in Brasile

L'uso delle espressioni «attivismo giudiziario» e «giudizializzazione della politica» è ricorrente nei media e nella dottrina giuridica¹. In realtà, il fenomeno definito come «giudizializzazione della politica» (*«judicialização da política»*) in Brasile può essere considerato un risultato relativamente scontato, visto che in tale realtà – da un lato – la politica risulta afflitta (da tempo) di una crisi della rappresentanza² e – dall'altro – la Costituzione federale stessa conferisce al potere giudiziario un'ampia competenza giurisdizionale³. A ciò va aggiunta la crescente importanza – dal punto di vista giuridico e da quello sociale – dell'accesso alla giustizia, anch'essa risultante dalla nuova costituzione⁴. Il risultato è il ricorso – regolare e frequente – all'azione giudiziaria da parte dei cittadini brasiliani, in particolare per rivendicare il diritto alla salute⁵. Si potrebbe quasi affermare che il ricorso alle corti è diventato una caratteristica diffusa della cultura nazionale.

¹ C. Campilongo, *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, São Paulo, 2002, utilizza le espressioni «politicizzazione del diritto» (*«politicização do direito»*) e «giudizializzazione della politica» (*«judicialização da política»*), riferendo anche le critiche più comuni rivolte ad esse e i loro punti deboli. L'autore mette inoltre in evidenza l'approssimarsi inevitabile di politica e diritto e i problemi derivanti dalla «corruzione» dei loro codici.

² C. Campilongo, *op. cit.*, 59: «All'interno delle strutture del sistema politico tradizionale, vale a dire nello Stato, il potere giudiziario viene percepito come l'istanza in apparenza abilitata a superare la paralisi, l'inefficienza e la corruzione del sistema politico» [trad. nostra]. Sulla crisi della rappresentanza politica, cfr. C. Campilongo, *O direito na sociedade complexa*, São Paulo, 2000, 73.

³ Cfr. M.T. Sadek, *Judiciário e Arena Pública: Um olhar a partir da Ciência Política*, in A. Pellegrini Grinover, K. Watanabe, *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2.ed., São Paulo, 2013, 19: «In altre parole, il protagonismo giudiziario trova riparo nelle variabili derivanti dal carattere istituzionale e dall'ampiezza dei diritti legalmente riconosciuti. Tali obiettivi portano alla conclusione che il legame tra il potere giudiziario e le politiche pubbliche è insopprimibile» [trad. nostra].

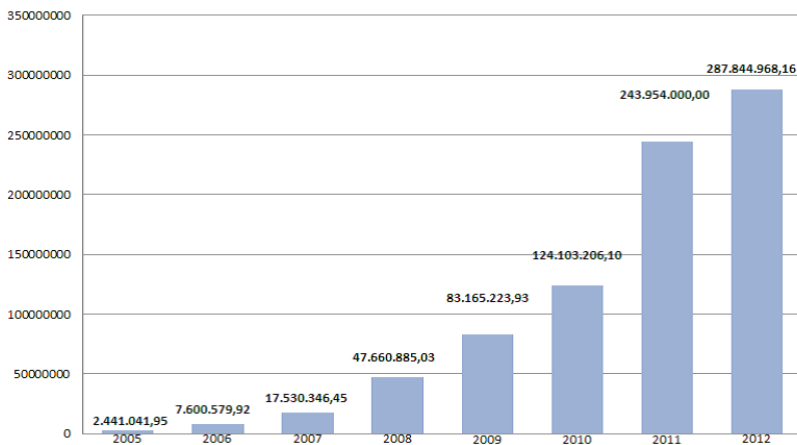
⁴ Il potere giudiziario si è visto rafforzato dalla Costituzione del 1988, divenendo un'arena pubblica caratterizzata da una forte partecipazione alle principali questioni di interesse della comunità brasiliana. Il testo costituzionale ha dato vita a un nuovo assetto istituzionale in cui è stato abbandonata la concezione – ereditata dalla Rivoluzione francese – del ruolo del giudice come «voce della legge». L'applicazione del diritto fa ancora parte, naturalmente, dei suoi compiti: tuttavia il giudice non è più un semplice esecutore, bensì un agente politico sottoposto alla pressione delle esigenze e delle pretese della società, che lo stimolano all'impegno per la concretizzazione dei diritti, come ad esempio il diritto alla salute. In tal modo risulta inevitabile il conflitto con gli altri poteri, soprattutto quando vengono sottoposte a revisione decisioni prese da altri poteri, cosa che avviene costantemente. Un riscontro di ciò si può trovare nei dati forniti da M.T. Sadek, *op. cit.*, 15-18: particolarmente rilevante è il fatto che, dal 1988 al 2002, il STF ha annullato oltre duecento (200) leggi federali, quando ad esempio la Corte Suprema degli Stati Uniti – in tutta la sua storia – ne ha annullate soltanto centotrentacinque (135).

⁵ Diritto stabilito dall'art. 196 della Costituzione federale, secondo cui la salute è «un diritto di tutti e un dovere dello Stato»: «*A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*»

Ad esempio, nel 2013 – secondo i dati del rapporto «*Justiça em Números*» del Consiglio Nazionale di Giustizia (*Conselho Nacional de Justiça*) – ci sono state in Brasile 23.474.341 nuove azioni legali, di cui 17.271.369 a livello della giustizia comune e 6.202.972 nei tribunali speciali. In conseguenza di questa ondata di giudizializzazione, i giudici si trovano costretti ad affrontare situazioni sempre nuove, le quali – per la verità – vengono spesso esaminate più volte da corti differenti. I giudici subiscono dunque una «pressione sociale» esercitata attraverso i procedimenti giudiziari, che si accumulano quotidianamente.

È possibile affermare che, se la modernità può rivendicare la conquista della «promessa dell'uguaglianza», non è meno vero che il potere giudiziario è divenuto l'arena pubblica privilegiata per la rivendicazione – e la realizzazione – di tale promessa. Nell'ambito della giudizializzazione della salute, prova di ciò può essere rinvenuta nel significativo aumento dei farmaci acquistati dallo Stato a seguito di azioni giudiziarie. Nel 2005 – a livello nazionale – l'importo della spesa è stato di 2.441.041,95 R\$, salito nel 2012 a 287.844.968,16 R\$, come mostra il grafico che segue.

Grafico 1 – Aumento della spesa dell'Unione federale per l'acquisto di farmaci a seguito delle sentenze giudiziarie



Fonte: BRASILE, Advocacia Geral da União, 2012-2013

Analizzando questi dati, si possono constatare alcuni aspetti rilevanti.

(i) L'irrazionalità nella distribuzione dei farmaci: il ricorso in giudizio di 523 individui ha generato una spesa di 278.904.639,71 R\$ a carico dell'Unione federale. A questa «élite» la magistratura ha concesso 18 nuove applicazioni tecnologiche, come si può vedere di seguito.

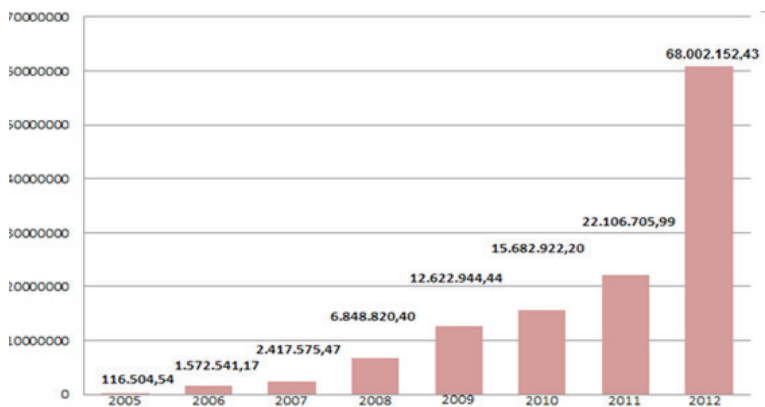
Tabella 1 – Nome e costo dei farmaci concessi più frequente a seguito di una sentenza giudiziaria sfavorevole all'Unione federale

MEDICAMENTO	CUSTO TOTAL
BRENTUXIMABE VEDOTINA 50 MG	R\$ 309.515,87
ERLOTINIBE 150MG-COMPRIMIDO	R\$ 320.601,60
MALEATO DE SUNITINIBE 50MG-CÁPSULA	R\$ 358.954,28
TEMOZOLOMIDA 100MG-CÁPSULAS	R\$ 455.033,60
BOSENTANA 125MG - COMPRIMIDOS	R\$ 708.900,60
ALFA-1 ANTITRIPSINA - SOLUÇÃO ENDOVENOSA	R\$ 721.802,90
PEGVISOMANTO 10MG - SOLUÇÃO INJETÁVEL	R\$ 881.650,99
RITUXIMABE 500MG/50ML - INJETÁVEL	R\$ 1.108.400,70
TOSILATO DE SORAFENIBE 200MG - COMPRIMIDO	R\$ 1.325.511,60
MIGLUSTATE 100MG	R\$ 1.769.571,00
LARONIDASE 100U/ML - SOLUÇÃO PARA PERFUSÃO	R\$ 10.597.226,21
ALFALGLICOSIDASE - SOLUÇÃO INJETÁVEL	R\$ 12.235.633,54
ECULIZUMABE 300MG - SOLUÇÃO PARA PERFUSÃO	R\$ 20.871.355,30
TRASTUZUMABE 440MG - SOLUÇÃO INJETÁVEL	R\$ 22.517.685,85
BETAGALSIDASE 35MG - SOLUÇÃO PARA PERFUSÃO	R\$ 26.387.905,15
ALFAGALSIDASE 3,5MG - SOLUÇÃO PARA PERFUSÃO	R\$ 40.676.764,09
GALSULFASE 5MG/5ML - INJETÁVEL	R\$ 63.944.457,63
IDURSULFASE 2MG/ML - SOLUÇÃO INJETÁVEL	R\$ 73.713.668,80
TOTAL	R\$ 278.904.639,71

Fonte: BRASILE, Advocacia Geral da União, 2012-2103

(ii) La necessità per l'Unione di aiutare finanziariamente gli Stati e le municipalità non in grado di rispettare le disposizioni giudiziarie. In questo senso, si è passati da 116.504,54 R\$ spesi nel 2005 a 68.002.152,43 R\$ spesi nel 2012 (grafico n° 2).

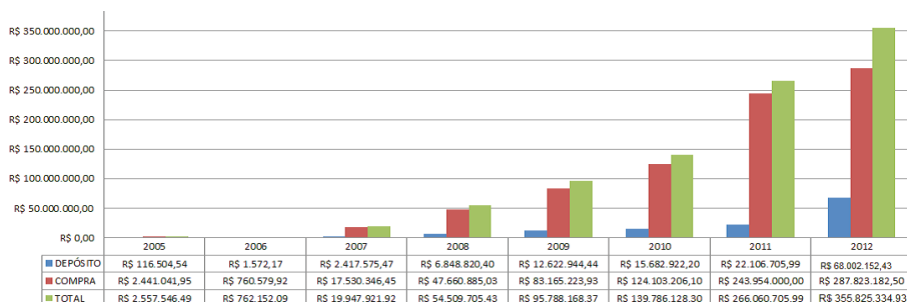
Grafico 2 – Aumento della spesa dell'Unione federale a sostegno di Stati ed amministrazioni locali



Fonte: BRASILE, Advocacia Geral da União, 2012-2103

(iii) Nel 2012, l'Unione ha pagato oltre 350.000.000,00 R\$ in spese giudiziarie e acquisto di medicinali, quando nel 2005 la spesa era stata di 2,557,546,49 R\$. Tale incremento, estremamente elevato, è rappresentato nel grafico n° 3.

Grafico 3 – Aumento della spesa dell'Unione Federale a seguito delle ordinanze della magistratura



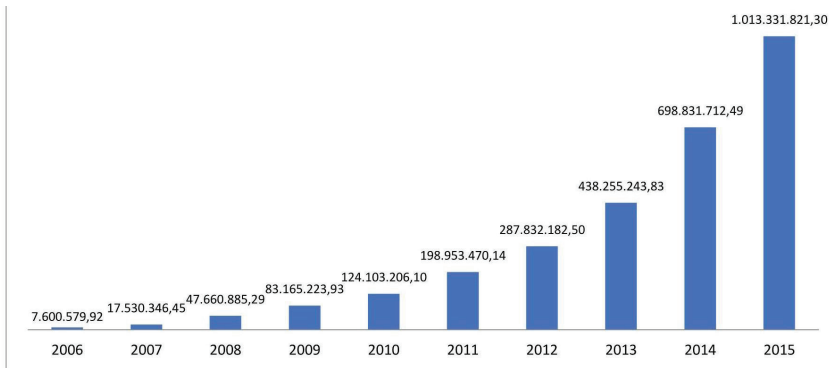
Fonte: BRASILE, Advocacia Geral da União, 2012-2103

Non è possibile negare che la spesa dell'Unione federale a seguito di decisioni giudiziarie sia molto elevata, e che vada aumentando. Dal punto di vista degli Stati membri, tuttavia, la situazione è ancor più critica, in quanto le entrate fiscali in Brasile sono dirette per lo più nelle casse dell'Unione (e non degli Stati stessi). Ad esempio, notevole è l'ammontare della spesa pubblica nel 2010, come mostrato di seguito: (i) lo Stato di San Paolo ha speso 700.000.000,00 R\$; (ii) quello di Pernambuco, per soddisfare 600 (seicento) azioni legali, 40.000.000,00 R\$; (iii) quello del Pará, per sole 6 (sei) procedimenti, 913.073,81 R\$; (iii) quello di Minas Gerais, per poter sostenere le disposizioni giudiziarie che lo hanno riguardato, ha dichiarato di aver ridotto la spesa destinata alle politiche pubbliche promosse attraverso i programmi Farmácia de Minas e Saúde da Família (PSF) (Advocacia Geral da União, 2012-2013). Il caso della città di Campinas, generalmente considerata ricca, risulta emblematico: nel 2009 il 16% del budget totale è stato destinato all'acquisto di medicinali, a seguito di 89 azioni giudiziarie, generando una spesa di 2.505.762,00 R\$. Allo stesso tempo, oltre un milione di abitanti si è dovuto accontentare del resto del bilancio (Finatti; Vechini, 2009).

Dati più recenti confermano tale tendenza: nel 2015 sono stati spesi 1.013.331.821,30 R\$ (oltre un miliardo di reais). Tale cifra può essere confrontata con quanto speso a partire dal 2006, anno in cui la spesa è stata di circa

7,600,579.92 R\$. Si può così notare che un costante incremento del fenomeno della giudizializzazione della salute nell'arco di dieci anni⁶.

Grafico 4 – Aumento delle spese dello Stato brasiliano a seguito delle azioni legali presentate contro di esso (2006-2015)



Fonte: BRASILE, Ministério da Saúde, Cálculo CODEJUR/CONJUR, CGEOF/FNS, [s.d.] La tabella 2 mostra gli importi delle spese giudiziarie sostenute, a livello nazionale, nel periodo 2006-2015, a seguito di condanne giudiziarie.

⁶ Per una interessante e dettagliata ricerca recente sul tema della «giudizializzazione della salute», cfr. Instituto de ensino e pesquisa – INSPER, *Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa. Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*, 2019, Url: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/03/em-uma-decada-judicializacao-da-saude-publica-e-privada-cresce-130.shtml>. Vi si legge, ad esempio: «Considerando o ano de distribuição dos processos, o que se verifica na evolução ano a ano é que há um crescimento acentuado de aproximadamente 130% no número de demandas de primeira instância relativas ao direito à saúde de 2008 para 2017». In generale, sulle caratteristiche e sulle conseguenze della «giudizializzazione della salute», nonché sulle critiche ad essa rivolte, si vedano anche, fra gli altri: V. L.E. Pepe et al., *A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica*, in *Ciência & Saúde Coletiva*, vol. 15, n. 5, 2010, 2405-2414. Url: <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232010000500015>; S. Marques, *Judicialização do direito à saúde*, in *Revista de Direito Sanitário*, 9, 2, 2008, 65-72. Url: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v9i2p65-72>; L.R. Barroso, *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, in *Revista Jurídica UNIJUS*, v. 15, 13-38. Url: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/516>. Per un'analisi teorica del fenomeno, da un punto di vista sociologico, cfr. G. Corsi, S.R. Martini, *La costituzionalizzazione del diritto alla salute*, in *Revista Jurídica - Unicuitaba*, v. 1, 2018, 62-75; Id., *L'ambiguità dei diritti costituzionali. Il caso della judicialização da saúde in Brasile*, in *Sociologia del diritto*, n. 1, 2018, 29-44.

Tabella 2 – Spese giudiziarie sostenute a seguito di condanne giudiziarie, nel periodo 2006-2015

ANO	QUANTIDADE DE DEPÓSITOS	VALOR TOTAL
2006	83	R\$ 1.572.541,17
2007	246	R\$ 2.417.323,47
2008	459	R\$ 5.858.820,40
2009	806	R\$ 12.831.305,62
2010	1.182	R\$ 15.543.767,85
2011	1.414	R\$ 22.143.804,90
2012	1.474	R\$ 62.673.780,40
2013	726	R\$ 113.603.645,17
2014	908	R\$ 139.597.127,56
2015	5.387	R\$ 141.972.778,70
VALOR TOTAL:		R\$ 518.214.895,24

Fonte: BRASILE, Ministério da Saúde, Cálculo CODEJUR/CONJUR, CGEOF/FNS, [s.d.]

Dallo scenario qui descritto sorge la domanda: è opportuno che il diritto determini spese a carico del sistema pubblico potenzialmente illimitate? Con quali conseguenze? E quindi: dovrebbe essere posto un limite alla soglia di spesa che una corte può determinare?

5. *Il «limite economico» del diritto*

Le domande appena formulate rivestono, naturalmente, un interesse che va ben oltre il contesto brasiliano, qui preso in esame. La questione relativa al «limite economico» del diritto, inoltre, oscilla fra il piano descrittivo (da cui la domanda: nel contesto brasiliano esiste, di fatto, un «limite economico» del diritto?) e quello normativo (altra questione: se tale limite non esiste, è bene che venga definito per legge?). Il primo quesito è quello che qui ci interessa. Tuttavia, prima di rispondervi, è opportuno fare qualche ulteriore considerazione sulla specificità delle disposizioni costituzionali brasiliane.

Anzitutto occorre prendere in considerazione i riferimenti normativi riguardanti le decisioni giudiziarie economicamente vincolanti. Per intenderci, nell'ordinamento italiano troviamo l'affermazione del principio dell'equilibrio di bilancio negli articoli 81, 97 e 119 della Costituzione⁷. Tale principio viene afferma-

⁷ Il primo afferma che «Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico»; il secondo che «Le pubbliche amministra-

to anche nella costituzione brasiliana: l'articolo 165 tratta delle spese di bilancio, con l'obbligo per l'esecutivo di varare la «legge del piano pluriennale» (*plano plurianual*), per stabilire linee-guida e obiettivi dell'amministrazione pubblica federale per le uscite di capitale, per quelle da esse derivate e per quelle relative ai programmi di durata continuativa; la «legge sulle direttive di bilancio» (*diretrizes orçamentárias*), per stabilire progetti e priorità dell'amministrazione pubblica federale e spese di capitale per l'esercizio finanziario successivo; e la «legge di bilancio annuale» (*orçamentos anuais*) comprendente, fra gli altri, il bilancio fiscale dei poteri dell'Unione, fondi, organi e enti dell'amministrazione diretta ed indiretta, il bilancio di investimento delle imprese di cui l'Unione detiene la maggioranza del capitale sociale, il bilancio della sicurezza sociale⁸.

Accanto al pareggio di bilancio la Costituzione prevede anche una quota riservata e intoccabile a garanzia dei diritti sociali, la cosiddetta «riserva del possibile». In questo modo viene finanziato il sistema sanitario nazionale, cioè il *Sistema Único de Saúde* (SUS), sulle cui caratteristiche vale la pena soffermarsi brevemente.

Il SUS è previsto dalla Costituzione ed è stato istituito con una specifica legge (n. 8.080 del 1990, *Lei Orgânica do SUS*). Si tratta, in estrema sintesi, di un sistema integrato, pubblico ma aperto all'iniziativa privata, costituito da tutte le azioni e i servizi sanitari prestati dagli organi e dalle istituzioni pubbliche federali, statali e municipali che formano una rete regionalizzata – il diritto alla salute è dunque competenza comune dei differenti enti dello stato⁹ – e gerarchizzata, ispirata ai principi di decentralizzazione, assistenza integrale con priorità alla prevenzione, partecipazione della comunità (articoli 198 e 199 della Costituzione).

I compiti del SUS sono stabiliti dall'art. 200 della Costituzione: controllo e fiscalizzazione di procedure e prodotti sanitari, partecipazione alla produzione di farmaci e equipaggiamenti sanitari, vigilanza sanitaria ed epidemiologica, cura della salute dei lavoratori, formazione delle risorse umane, partecipazione nella formulazione delle politiche sanitarie e nella realizzazione delle azioni di base, incremento dello sviluppo scientifico e tecnologico, fiscalizzazione e controllo degli alimenti e delle sostanze psicoattive, tossiche e radioattive, protezione dell'ambiente.

zioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico»; il terzo che «I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa, nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci, e concorrono ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea».

⁸ A.S. Bruno, *Diritto alla salute e riserva del possibile. spunti dal contesto brasiliano per osservare il "federalismo fiscale"*, in *Rivista del GRUPPO DI PISA*, 2012, 1-24. Si noti che il fatto di mantenere nella Costituzione «quote rappresentative del minimo esistenziale ha conseguentemente creato una zona giustiziabile, all'interno della quale si muove e interviene il STF» (20).

⁹ «Unione, Stati membri e Distretto Federale hanno competenza concorrente a legiferare in materia di difesa della salute; infine, i Comuni possono legiferare nel caso in cui rinvengano, nella tutela della salute, un innegabile interesse locale, così come possono fornire, con la cooperazione tecnica e finanziaria dell'Unione dello Stato, servizi di assistenza sanitaria alla popolazione»: A.S. Bruno, *op. cit.*, 15.

Il sistema viene finanziato principalmente con risorse federali, statali e municipali. Tali enti, come già anticipato, sono tenuti ad investire una quota minima, determinata annualmente secondo quanto stabilito a livello costituzionale (art. 198 Cost.; art. 77 dell'Atto delle Disposizioni Costituzionali Transitorie (ADCT); emendamenti costituzionali n. 29 del 2000 e n. 86 del 2015)¹⁰. Il diritto alla salute gode dunque di garanzie finanziarie di tenore costituzionale: lo stesso avviene, attraverso l'art. 212, per il diritto all'educazione¹¹. Più nel dettaglio, con l'EC n. 29/2000 è stato introdotto l'inciso VII nell'art. 34 CF, «consentendo all'Unione di intervenire per applicare il minimo richiesto dalle entrate risultanti da imposte statali, compresa quella proveniente da trasferimenti, per la conservazione e lo sviluppo dell'insegnamento e per le azioni e servizi pubblici sanitari»¹².

In tema di diritti sociali – e dunque anche per quanto riguarda la salute – le corti brasiliane devono perciò tener conto di due principi: il «minimo esistenziale», cioè le condizioni minime per un'esistenza degna (la dignità della persona umana come fondamento dello Stato brasiliano è sancita dall'art. 1 della Costituzione), e la già citata «riserva del possibile»¹³. Quest'ultima è in realtà una costruzione giurisprudenziale del Tribunale Costituzionale Federale tedesco (*Der Vorbehalt des Möglichen*) introdotta a partire dall'idea che il legislatore «nell'esercizio delle sue funzioni, deve tutelare anche altri interessi della comunità», evitando «di istituire spese che finissero per onerare esageratamente la società»¹⁴. In Brasile tuttavia essa «ha finito per vincolarsi all'idea secondo la quale sia stanziamenti pubblici che mezzi finanziari sarebbero condizioni necessarie affinché l'Amministrazione possa soddisfare diritti soggettivi (*subjektive Rechte*) di indole sociale», conducendo così «all'affermazione generalizzata secondo cui l'esercizio di un diritto sociale dipenderebbe dall'emanazione o dall'adattamento di una norma sul bilancio»¹⁵. In altre parole, vi è stata una torsione rispetto al significato originale del principio: un diritto sociale – esigibile –, a causa del carattere (naturalmente) limitato delle risorse disponibili, diviene soggetto, per la sua effettivizzazione, alla

¹⁰ *Ementa Constitucional* n° 29, de 2000 e *Ementa Constitucional* n° 85, de 2015.

¹¹ «A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino».

¹² A.S. Bruno, *op. cit.*, 15.

¹³ Su tali principi e sulle restrizioni imposte ai diritti sociali, si vedano anche, fra gli altri: F. Scaffacury, *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos*, in *Verba Juris*, a. 4, n. 4, jan./dez. 2005, 79-104; D. W.L. Wang, *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF*, *Rev. direito GV* [online], v. 4, n. 2, 2008, 539-568. Url: <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200009>; J.R. Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra ed., Coimbra, 2003; I.W. Sarlet, L.B. Timm (a cura di), *Direitos Fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.

¹⁴ R. Perlingeiro, *La «riserva del possibile» (vorbehalt des möglichen) costituisce un limite all'intervento giurisdizionale nelle politiche pubbliche sociali?*, in *Giustizia Amministrativa. Rivista di Diritto Pubblico*, v. XI, 2014, 8.

¹⁵ R. Perlingeiro, *op. cit.*, 4-5.

definizione di criteri finanziari. Si passa così dall'idea che sia possibile esigere prestazioni in misura «ragionevole» rispetto alle possibilità della società (in base alla necessità di tutelare il «bene comune»), all'idea che, essendo impossibile «garantire tutto a tutti», occorranza delle norme per stabilire la spesa possibile¹⁶.

Queste considerazioni aiutano a cogliere, almeno in parte, alcuni tratti essenziali del diritto alla salute e della sua «giudizializzazione» in Brasile: ancora prima della giurisprudenza, è l'assetto costituzionale a stabilire un legame vincolante fra i diritti sociali e l'assetto finanziario, condizionando i primi e la loro esigibilità alle risorse disponibili e dando di conseguenza la possibilità alle amministrazioni di giustificare la mancata esecuzione delle politiche pubbliche e la mancata erogazione delle prestazioni all'impossibilità di farvi fronte economicamente¹⁷.

Ritorniamo dunque al quesito centrale di questo lavoro: qual è il limite economico del diritto nel contesto brasiliano? Qui la «riserva del possibile» può essere identificata come limite economico del diritto, essendo un «limite fattuale e giuridico alla effettivizzazione giudiziaria (e politica) dei diritti fondamentali, ossia il criterio di bilanciamento dei diritti sociali con gli altri valori costituzionali e con le esigenze di bilancio dei soggetti pubblici»¹⁸.

Di ciò occorre tener conto se ci si interroga sulla questione se le numerose decisioni giudiziarie per l'acquisto di farmaci e l'autorizzazione di interventi chirurgici possano minacciare l'autonomia del sistema politico.

6. Conclusioni

L'analisi delle relazioni «intrasistemiche» risulta essenziale per tentare di risolvere il problema qui affrontato. Difatti, se è vero che le decisioni giudiziarie sono universalmente vincolanti, occorre anche chiedersi quale sia il limite della capacità (e volontà) di «obbedienza» dei sottosistemi della società. Ricordiamo che i sistemi, come risultato dell'evoluzione della società, si differenziano in maniera specifica e altamente selettiva e che attraverso il proprio operare comunicativo specifico si riproducono autopoieticamente (vedi la sezione n. 3).

¹⁶ G. Schwartz, V. Rieger Teixeira, *O direito à saúde no Brasil e a teoria da reserva do possível como falácia à sua efetivação, Direito e Democracia*, 11 (1), jan-/jun. 2011, 43-60: si noti che gli autori utilizzano il termine «fallacia» per descrivere l'utilizzo di tale principio nel contesto brasiliano. Cfr. anche G. Schwartz, *A reserva do possível no Direito à Saúde: uma falácia aplicável no Brasil?*, *Estado de Direito*, março-abril 2009, 19.

¹⁷ «O argumento da reserva do possível é empregado pelo Poder Público como forma de se desobrigar de fornecer acesso à saúde. Esse aspecto rotineiro por si só já gera dúvidas quanto à validade do argumento, pois leva a duas conclusões possíveis: o Estado não tem dinheiro para nenhuma prestação – mesmo aquelas de menor custo – ou que a falta de recursos é mero instrumento de retórica a fim de exonerar o Estado de um dever constitucional»: G. Schwartz, V. Rieger Teixeira, *op. cit.*, 53.

¹⁸ A.S. Bruno, *op. cit.*, 16.

I tribunali, in quanto responsabili, con le loro decisioni, della chiusura operativa del diritto – e proprio per questo situati al centro delle operazioni del sistema – hanno un ruolo fondamentale nelle operazioni del diritto, ma non si sovrappongono in termini di «importanza» agli altri sistemi parziali, proprio perché ognuno di essi è caratterizzato da una specifica funzione che non può essere classificata in maniera gerarchica (non c'è un sistema più importante degli altri, sia in termini assoluti che relativi): il ruolo di ciascun sistema è ugualmente essenziale per descrivere il sistema complessivo della società. Anche per questo, il diritto, svolgendo la propria funzione di mantenimento delle aspettative normative nel tempo, non può – o piuttosto non dovrebbe – «interrompere» l'autopoiesi degli altri sottosistemi. Può però accadere che le operazioni giuridiche vadano ad interferire con quelle del sistema politico, arrivando a metterne in pericolo l'autopoiesi.

L'influenza «eccessiva» di determinati sottosistemi nei confronti di altri può essere definita come «corruzione sistemica»: si tratta cioè di una «dedifferenziazione», di una dissoluzione del sistema stesso, che perde la propria unità e non riesce più a svolgere la propria funzione.

Vero è – inevitabilmente – che le operazioni (comunicazioni) di un sistema, hanno sempre una influenza – più o meno diretta – sugli altri sottosistemi (che in termini sistemici, fanno parte dell'«ambiente» del sistema preso in considerazione). Ad esempio le interpretazioni fornite nelle decisioni giudiziarie sono naturalmente influenzate da ciò che accade nell'«ambiente» (cioè all'esterno) del sistema giuridico (C. Campilongo, 2012, 92).

I problemi sorgono quando il livello di «irritazione» nei confronti di un sistema è così elevato che esso si trova a dover far fronte a un aumento della complessità che non è in grado di sostenere. Nell'ambito della nostra trattazione, è possibile affermare che la giudizializzazione della salute può causare eventi di questo tipo ai danni del sistema politico (e di conseguenza delle politiche pubbliche).

La salute, quando viene portata in tribunale, «irrita» (stimola) il sistema giuridico, provocando così indirettamente un aumento della riflessività (e della complessità) del sistema stesso. Analogamente, la teoria del diritto, osservando ciò, può trovare motivi per affrancarsi dai suoi soliti schemi per tentare – ma ciò di solito avviene senza successo – di ripensare i limiti delle decisioni del giudice (C. Campilongo, 2012, 94).

In questo senso, dal punto di vista della teoria dei sistemi, è possibile affermare che non esiste un limite dato, prestabilito, «intrinseco», del diritto: esso va individuato negli altri sottosistemi, negli effetti che è in grado di produrre in essi, e nella capacità di questi ultimi di reazione/adattamento/evoluzione. In casi estremi, come detto, si può arrivare a situazioni di «corruzione sistemica». Tale evenienza può verificarsi essenzialmente in due modi. Il primo: quando la complessità ambientale di un sottosistema (nel nostro caso la politica) interessato dall'o-

perazione di un altro sistema (qui, una decisione giuridica) raggiunge livelli tanto elevati che il primo non è in grado di sostenerla, finendo per non riuscire più a generare comunicazioni, con la conseguente interruzione del processo comunicativo (operare sistemico autopoietico). La seconda modalità riguarda il «sovvertimento» del codice di un sottosistema, a causa dell'imposizione diretta del codice di un altro sottosistema.

Un esempio concreto. Il diritto può attestare la legittimità delle procedure di voto in Parlamento riguardo un determinato progetto di legge: lo fa attraverso l'analisi di possibili violazioni delle procedure stesse. Questa – fra molte altre – è un'applicazione legittima del codice del diritto nei confronti di un altro sottosistema. Può accadere invece che il diritto «vada oltre» le proprie prerogative, che «forzi la mano», che, in varie forme, imponga il proprio codice ragione/torto sul codice politico governo/opposizione: si pensi ad esempio ai vari fenomeni che è possibile indicare sotto l'etichetta di «giustizialismo». In questo modo esso finisce per «sovertire» indebitamente il codice politico, con conseguenze non sempre prevedibili.

In definitiva il limite del diritto dipende a sua volta dai limiti operativi del sistema politico: il «punto-limite» dell'operazione giuridica è rappresentato dalla maggiore o minore capacità del sistema politico di affrontare la complessità «inserita» (attraverso la decisione giudiziaria) dal diritto. Qui tutto dipende dalla cosiddetta «eteroreferenza» dei sottosistemi, cioè dalla loro capacità di tener conto di quel che sta o avviene al loro esterno. Si tratta di una conseguenza dell'apertura cognitiva, cioè della capacità dei sistemi di garantire l'operatività sistemica e di svolgere la propria funzione mentre, allo stesso tempo, apprendono. Tale apertura dei sistemi verso l'ambiente è responsabile del costante adattamento interno alla complessità esterna. Questo «dialogo comunicativo» è essenziale. Per il diritto, ciò significa non imporre agli altri sistemi un'influenza operativa insostenibile, e non interrompere la specifica comunicazione differenziata degli altri sottosistemi.

Tale affermazione – il limite del diritto dipende dai limiti operativi del sistema politico – può in effetti apparire troppo generica. Qui occorre intendersi: tale risposta – lo ripetiamo – non è che una considerazione tratta dall'uso della teoria dei sistemi, il cui punto di vista è puramente descrittivo: vengono individuati meccanismi, processi, funzioni in atto, ma non vengono fornite indicazioni normative. Per questo ci sembra lecito poter generalizzare.

Difatti, nei casi qui analizzati, si vede che politiche pubbliche carenti e normative per certi versi piuttosto vaghe determinano una scarsa capacità del sistema politico di affrontare la complessità. Come conseguenza, sembra avvenire un sovvertimento delle comunicazioni differenziate dei sottosistemi, attraverso l'imposizione del codice del diritto su quello della politica (si noti che si tratta di pagamenti, quindi è coinvolto un terzo sistema, quello economico). Quando i tribunali determinano i benefici che la politica deve fornire nell'ambito della salute,

di fatto, essi minacciano, o quantomeno indeboliscono, l'autonomia funzionale della politica e dunque il suo operare autonomo. Possono però arrivare anche a metterne in pericolo la sopravvivenza, in quanto la politica non può fornire prestazioni se non dispone di sufficienti risorse.

Tutto ciò riporta un problema più generale, come rilevato da Luhmann nelle pagine finali della sua opera *Die Gesellschaft der Gesellschaft*: gli aggravi che i sistemi parziali si attribuiscono l'uno l'altro a vicenda – «fino al limite dell'adattabilità strutturale dei sistemi di funzione alla loro differenziazione stessa», con i derivanti squilibri [*Unausgewogenheiten*] – rimettono in discussione il concetto di «modernizzazione» a cui siamo abituati (N. Luhmann, 1997, 1087). Ciò avviene tanto nel cosiddetto «Occidente» quanto nei «Paesi in via di sviluppo» (BRICS; gruppo che include anche il Brasile), pur se in misura diversa nei due contesti. Di fronte a questo scenario allarmante, la teoria è chiamata a fornire risposte.

La questione dei confini esterni e degli effetti del sistema del diritto sugli altri sottosistemi, ma anche quella relativa alla sua autonomia funzionale, è particolarmente interessante – e urgente – soprattutto per i sociologi del diritto, di stampo sistemico e non.

Allo stato attuale delle ricerche, il contributo che qui è possibile fornire si limita, al momento, alla considerazione che probabilmente soltanto un aumento del livello di «s sofisticatezza» della legislazione in materia di salute, e quindi della complessità che il sistema è in grado di gestire (una definizione più dettagliata della distinzione tra salute e malattia, della quantità di denaro che può essere speso a livello pubblico, e così via), potrebbe preservare l'indipendenza del sistema politico – che è responsabile della salute pubblica – e limitare l'influenza che esso può soffrire da parte di altri sistemi, in particolare il diritto. Ciò richiede però l'iniziativa del sistema politico.

Questo lavoro rappresenta un primo tentativo di interrogarsi sui limiti dell'intervento del diritto negli confronti degli altri sottosistemi della società. Si auspicano perciò ulteriori lavori su questo tema, più ampi e approfonditi. Le presenti osservazioni prendono in considerazione d'altronde lo specifico contesto brasiliano: si tratta di un sistema giuridico «giovane» – visto che l'attuale costituzione è stata emanata nel 1988 – che deve «maturare», soprattutto in quanto la sua costruzione è stata influenzata in maniera molto forte – forse addirittura eccessiva – dal diritto comparato. Ad esempio, si può parlare di un «cortocircuito storico/democratico» nel senso di B. de Souza Santos (2007): le «acquisizioni» costituzionali (i diritti affermati nella costituzione) non sarebbero stati «prodotti» a partire dalla realtà nazionale, ma sarebbero piuttosto stati «trapiantati» a partire da elementi socio-culturali stranieri; elementi che nel tempo vengono «assimilati», ma talvolta rigettati.

Il limite economico delle decisioni giudiziarie nell'ambito della salute pubblica in Brasile

L'articolo affronta il tema delle conseguenze delle decisioni giudiziarie economicamente vincolanti nell'ambito della salute pubblica in Brasile. Ci si domanda se le numerose sentenze che impongono alla pubblica amministrazione l'acquisto di farmaci o il pagamento di prestazioni chirurgiche rappresentino una minaccia all'autonomia del sistema politico, promuovendo quella che Luhmann – la cui teoria dei sistemi sociali viene qui presa a riferimento – ha definito 'dedifferenziazione' fra sottosistemi della società moderna. A partire dai dati empirici sulla spesa pubblica generata dalle sentenze delle corti brasiliane tra il 2005 e il 2012, viene costruita una riflessione che esplora le potenzialità della teoria stessa nel descrivere un fenomeno inedito e dalle conseguenze imprevedibili. L'ipotesi attorno alla quale si argomenta è che il limite economico «sostenibile» corrisponda alla capacità del sistema politico di dar seguito alle decisioni giudiziarie senza che la sua autonomia operativa risulti compromessa.

The economic limit of judicial decisions in the field of public health in Brazil

The article addresses the issue of the consequences of economically binding judicial decisions in the field of public health in Brazil. One wonders whether the numerous judgments that impose the purchase of medication or the payment of surgical services on the public administration represent a threat to the autonomy of the political system, promoting what Luhmann – whose theory of social systems is taken as a point of reference here – called 'dedifferentiation' between subsystems of modern society. Starting from the empirical data on public spending generated by the judgments of the Brazilian courts between 2005 and 2012, a reflection is constructed that explores the potential of the theory itself in describing an unprecedented phenomenon and unpredictable consequences. The hypothesis around which it is argued is that the 'sustainable' economic limit corresponds to the ability of the political system to follow up on judicial decisions without compromising its operational autonomy.