



---

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI “ROMA TRE”  
SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE “TULLIO ASCARELLI”  
DIRITTO - ECONOMIA - STORIA  
DOTTORATO DI RICERCA IN “DIRITTO PENALE”  
XXIII CICLO**

***Diritti fondamentali sociali a prestazioni, bilancio pubblico ed esigibilità in  
periodi di scarsità. Livelli di realizzazione in Brasile e in Italia.***

**Relatore**

**Prof. Luigi Ferrajoli**

**Correlatore**

**Prof. Marco Ruotolo**

**Coordinatore Sezione**

**Prof. Mario Trapani**

**Dottoranda**

**Dott.ssa Alexandra Cristina Giacomet  
Pezzi**

**Anno Accademico  
2010 / 2011**

**ALEXANDRA CRISTINA GIACOMET PEZZI**

***Diritti fondamentali sociali a prestazioni, bilancio pubblico ed esigibilità in  
periodi di scarsità. Livelli di realizzazione in Brasile e in Italia.***

Tesi presentata come requisito parziale  
per il conseguimento del titolo di Dottore in  
Diritto alla Scuola Dottorale Internazionale  
"Tullio Ascarelli" (Diritto – Economia –  
Storia) - Università Degli Studi "Roma  
Tre".

Relatore: Prof. Luigi Ferrajoli

Correlatore: Prof. Marco Ruotolo

Roma

2011

## RINGRAZIAMENTI

L'elaborazione di un lavoro scientifico, come è noto, è un periodo difficile, in cui sono state importanti, per ragioni diverse, le persone menzionate di seguito:

Luigi Ferrajoli, Marco Ruotolo, Salvatore Mazzamuto, Mario Trapani, Sandra Regina Martini Vial, Stefano Passera, Ludovica Marchetto, Tina Defranco, Mercedes Maria de Moraes Rodrigues, Marileda Baggio, Luciana Luso de Carvalho, Gabriela Daudt, Carmen Maria Bermann Esmerio, Janete S. Pereira, Lairi Salvi, Samuele Presotto e Cristian Roncada.

Vorrei inoltre ringraziare i miei allievi di Diritto Costituzionale.

Infine, e in particolar modo, rendere omaggio a mio padre, sempre al mio fianco in ogni momento e a Thierry, *pour toujours*.

“Bisogna evitare che nel leggere questa nostra Costituzione gli italiani dicano ‘non è vero nulla!’” (Piero Calamandrei).

“Noi sappiamo bene che le nostre costituzioni sono determinate da concretissimi fattori storici, rispetto ai quali i nostri progetti e desideri svolgono una parte limitata. Per questo ci guarderemo bene dal dire che lo Stato costituzionale, pur con tutto ciò che di buono e bello porta con sé, rappresenta la fine della storia delle costituzioni, perché non sappiamo immaginare nulla di migliore per l’avvenire ma, se mai, solo perfezionamenti” (Gustavo Zagrebelsky).

## RIASSUNTO

Il raggiungimento dello Stato Sociale e Democratico di Diritto rappresenta l'apice di una lenta evoluzione, le cui fonti di ispirazione furono le Costituzioni messicana del 1917 e tedesca del 1919. In questo modello la legge deve svolgere una funzione trasformatrice della società, a favore dell'effettiva uguaglianza. Tutti hanno diritto a un minimo esistenziale, identificato come il nucleo della dignità umana. A dispetto dell'assenza di norma costituzionale esplicita, la Repubblica Federativa del Brasile adottò il modello dello Stato Sociale, come fece la Repubblica Italiana. In ambedue le Costituzioni i diritti sociali furono considerati autentici diritti fondamentali e come tali sono un riferimento per l'attività economica. Anche in periodi di crisi non si prescinde dall'intervento statale, con scopi ridistributivi e assistenziali. Nel campo sociale non è corretto parlare di spesa pubblica, anche se essa esiste, ma di investimento. I diritti fondamentali sociali hanno lo scopo di garantire la libertà fattuale, visto che la condizione della libertà è l'uguaglianza. Presuppongono un sistema strutturato di benefici che assicurino l'accesso a tutti coloro che ne abbiano bisogno. Questo sistema deve essere progressivamente ampliato. In caso di violazione di diritti minimi, sia per azione od omissione, è autorizzato l'intervento giudiziale. La Corte costituzionale e i giudici devono estrarre dalle disposizioni costituzionali tutti i significati logici che permettano la loro piena espansione. Pensare che la disciplina legislativa puntuale è una *conditio sine qua non* per l'effettiva azionabilità dei diritti sociali significherebbe togliere gran parte delle aspirazioni del Diritto Costituzionale. La resistenza all'attuazione, per la via coercitiva, dei diritti sociali è puramente ideologica, nonostante si ammetta che essa sia più complessa di quella delle altre categorie, non solo per ragioni finanziarie, ma anche politiche (quanto alla scelta dei mezzi disponibili). Dobbiamo riconoscere che, in alcuni casi, le prestazioni positive, malgrado normatizzate, si rivelano materialmente impossibili a causa dell'esaurimento delle capacità di bilancio dei governi. Certamente queste situazioni devono essere evidenti e dimostrabili dinanzi ai giudici, ai quali compete la tutela dei diritti soggettivi negati all'individuo, con l'argomento della "riserva del possibile". La considerazione dei costi economici e finanziari come impedimento all'osservanza dei diritti fondamentali che esigono una prestazione statale positiva è ammessa solo in via eccezionale. Malgrado ciò, essa può presentare un aspetto positivo nell'esigere efficienza nel dispendio delle risorse pubbliche, specialmente al momento delle scelte su dove e quanto investire. Spetta precipuamente al Potere Esecutivo agire come gestore di spese. I giudici, malgrado non abbiano la capacità di *make public choices*, devono zelare per l'applicazione delle scelte inserite nel testo costituzionale, che rivelano gli impegni assunti dallo Stato. È il momento di rivedere il principio della separazione dei poteri, alla luce del sistema costituzionale contemporaneo, di predominante matrice sociale. Il deficit di prestazioni sociali in Brasile è storico e i Poteri Legislativo ed Esecutivo si sono mostrati incapaci di garantire il rispetto delle disposizioni costituzionali, per cui l'incremento dell'attività giurisdizionale si mostra

giustificata, ovviamente entro certi limiti. Non senza ragione aumentarono le sentenze additive e ciò instaurò nella dottrina e nella giurisprudenza italiane, già negli anni '90, un serrato dibattito sulla necessità di fissare limiti alle decisioni giudiziali, quando la fonte di spesa non viene indicata. In Brasile, la tendenza giurisprudenziale più recente è di non considerare la “riserva del possibile”, così come i criteri di divisione di competenze in materia di sanità, proclamando la solidarietà tra gli enti federativi. La postura dei giudici brasiliani trova spiegazione nei gravi e storici problemi sociali, ma ispira timori che possa compromettere la programmazione governativa di ogni esercizio finanziario. La Costituzione brasiliana prevede già ipotesi di vincoli delle entrate risultanti da imposte per la manutenzione e lo sviluppo dell'istruzione e per le azioni e servizi pubblici nell'area della sanità, tra le altre ipotesi. Inoltre, in aggiunta ai vincoli di bilancio, stabilisce le seguenti garanzie giurisdizionali: l'intervento; l'azione diretta di incostituzionalità per omissione e il mandato di ingiunzione, evidenziando, infine, l'importanza del controllo dell'esecuzione di bilancio da parte delle Corti dei Conti, sia in Italia che in Brasile.

Parole chiave: Stato Sociale e Democratico di Diritto – diritti sociali – diritti a prestazioni materiali – diritti soggettivi – sanità – istruzione – principio della dignità della persona umana – minimo esistenziale – omissione dei pubblici poteri – giustiziabilità – costo dei diritti – “riserva del possibile” – sentenze additive – bilancio pubblico – vincoli di bilancio – intervento – azione diretta di incostituzionalità per omissione – mandato di ingiunzione - Corti dei Conti

## ABSTRACT

La réalisation de l'État Social e Démocratique de Droit représente l'aboutissement d'une lente évolution, dont les sources ont été la Constitution mexicaine de 1917 et l'allemande de 1919. Dans ce modèle, la loi doit jouer un rôle de transformation de la société, vers l'égalité matérielle. Toutes les personnes ont le droit à un niveau de base, identifié avec la dignité humaine. Malgré de disposition constitutionnelle explicite, la République Fédérative du Brésil a adopté le modèle de l'État Sociale, ainsi que la République italienne. Dans les deux constitutions, les droits sociaux ont été reconnus comme authentiques droits fondamentaux et guides d'orientation de l'activité économique. Même en temps de crise, on ne peut pas renoncer à l'intervention de l'État, avec un rôle de redistribution et de soins. Dans le domaine social, on ne peut pas parler des dépenses publiques, même si elles existent, mais de l'investissement. Les droits sociaux fondamentaux sont portés à garantir la liberté concrète, dès que la condition de la liberté est l'égalité. Exigent un système structuré de prestations et l'accès à tous ceux qui en ont besoin. Ce système devrait être progressivement étendu. En cas de violation des droits minimums, par action ou omission, est autorisée l'intervention judiciaire. La Cour Constitutionnelle et les juges doivent extraire des dispositions constitutionnelles toutes les significations logiques qui permettent leur plein potentiel. Penser que la discipline législative ponctuelle est une condition *sine qua non* de l'effectivité des droits sociaux priverait les aspirations de la loi constitutionnelle. Il y a une résistance purement idéologique à la réalisation des droits sociaux par la façon coercitive. Cependant, même en écartant l'aspect dogmatique, on reconnaît que son efficacité est plus complexe que celles des autres catégories, et pas seulement pour des raisons financières mais aussi politiques (en ce qui concerne le choix des moyens). Force a admis que, dans certains cas, les prestations positives, bien que normatisées, sont matériellement impossibles, en raison de l'épuisement des ressources. Bien sûr, ces situations devraient être évidentes et démontrables devant la justice, chargé de la protection des droits individuels niés à l'individu sous le titre de la "réserve du possible." L'invocation des coûts comme un obstacle aux droits fondamentaux n'est pas autorisée que dans des cas exceptionnels. Toutefois, elle peut présenter un aspect positif en exigeant l'efficacité de la dépense de fonds publics, en particulier pour décider où et comment investir. C'est une attribution du Pouvoir Exécutif ordonner les dépenses. Le Pouvoir Judiciaire ne peut pas faire des choix publics, mais doit veiller au respect de ceux qui sont inclus dans le texte constitutionnel, qui révèlent les engagements pris par l'État. Il est temps de revoir le principe de la séparation des pouvoirs, à la lumière du système constitutionnel contemporain, de premier plan sociale. Le déficit des services sociaux au Brésil vient dès longtemps et les branches législative et exécutive se sont montrées incapables d'assurer le respect des dispositions constitutionnelles, ce que justifie l'augmentation de l'activité judiciaire, de toute évidence dans certains limites. Non sans raison les jugements additifs ont augmenté et s'est installé dans la doctrine et la jurisprudence italiennes dans les années 90 un grand débat sur la nécessité de fixer des limites sur les décisions judiciaires, si n'est

pas indiqué la source de financement. Au Brésil, la tendance judiciaire la plus récente est d'ignorer la "réserve du possible" et les critères de répartition des responsabilités en matière de santé, en proclamant la solidarité entre les entités fédératives. La position des juges brésiliens trouve explication à cause des sérieux et historiques problèmes sociaux, mais inspire des soins et risque de compromettre les plans du gouvernement pour chaque année financière. La Constitution brésilienne prévoit déjà des hypothèses reliant les recettes fiscales au développement de l'éducation et aux actions et services publics de santé. Outre les liens budgétaires, établit également les garanties juridiques suivantes: l'intervention, l'action directe d'inconstitutionnalité par omission et les brefs d'injonction, entre autres. Il faut souligner, enfin, l'importance du contrôle de l'exécution budgétaire par les Tribunaux des Comptes, tant en Italie comme au Brésil.

Mots-clés: État Démocratique et Sociale de Droit - droits sociaux - droit à des avantages matériels - droits subjectifs - santé - éducation - principe de la dignité humaine – minimum existentiel - omission des pouvoirs publiques - justiciabilité - les coûts des droits - "reserve du possible" - jugements additif - budget public - liens budget – l'intervention - l'action directe d'inconstitutionnalité par omission – le mandat d'injonction - Cours des Comptes



## SOMMARIO

|   |            |
|---|------------|
| <b>CONSIDERAZIONI INIZIALI.....</b>   | <b>10</b>  |
| <b>CAPITOLO 1 – DELLO STATO DEMOCRATICO E SOCIALE DI DIRITTO.....</b>   | <b>14</b>  |
| 1.1 Evoluzione storica a partire dallo Stato liberale.....  | 14         |
| 1.1.1 La formazione della Repubblica Federativa del Brasile: il percorso costituzionale e il consolidamento dei diritti sociali.....              | 20         |
| 1.1.2 L'esperienza italiana: dallo Statuto Albertino alla Costituzione .....  | 28         |
| 1.2 La crisi dello stato sociale e del garantismo. La revisione del ruolo dello Stato.....  | 34         |
| <b>CAPITOLO 2 - DEI DIRITTI FONDAMENTALI.....</b>   | <b>43</b>  |
| 2.1 Della distinzione tra diritti fondamentali e diritti umani. I diritti fondamentali come norme oggettive e come diritti soggettivi.....        | 43         |
| 2.1.1 I diritti fondamentali secondo la prospettiva soggettiva.....   | 45         |
| 2.2 I diritti fondamentali come diritti di difesa e come diritti a prestazioni.....   | 48         |
| 2.2.1 Dei diritti fondamentali come diritti a prestazioni.....  | 50         |
| 2.3 Analisi critica della distinzione tra diritti fondamentali positivi e negativi. Influenza della teoria di Cass Sunstein e Stephen Holmes..... | 60         |
| 2.4 Il principio della dignità della persona umana e la diffusione dei diritti fondamentali.....  | 61         |
| <b>CAPITOLO 3 – DEI DIRITTI SOCIALI.....</b>  | <b>70</b>  |
| 3.1 L'essenzialità e il significato dei diritti sociali.....  | 70         |
| 3.2 La giustiziabilità dei diritti sociali.....   | 75         |
| 3.3 I diritti sociali e la tesi del costo dei diritti.....  | 81         |
| 3.4 I conflitti dei diritti derivanti dalla scarsità di risorse.....  | 89         |
| 3.5 La giudizializzazione dei rapporti sociali in Brasile.....  | 95         |
| 3.5.1 Delle sentenze additive.....  | 101        |
| <b>CAPITOLO 4 - BILANCIO PUBBLICO.....</b>  | <b>115</b> |
| 4.1 Il bilancio pubblico nella Costituzione del 1988.....   | 115        |
| 4.1.1 L'elaborazione e l'applicazione del bilancio pubblico nel sistema italiano.   | 118        |
| 4.2 La Costituzione Brasiliana e il vincolo del bilancio pubblico con i diritti sociali.....  | 121        |
| 4.3 Misure giudiziali di effettuazione delle norme costituzionali relative a diritti fondamentali.....  | 125        |
| 4.3.1 L'intervento.....   | 129        |
| 4.3.2 L'azione diretta di incostituzionalità per omissione.....   | 132        |

|  |            |
|--|------------|
| 4.3.3 Il mandato di ingiunzione.....   | 138        |
| 4.4 Il controllo esterno realizzato dalle Corti dei Conti.....   | 146        |
| <b>CONSIDERAZIONI FINALI.....</b>  | <b>151</b> |
| <b>BIBLIOGRAFIA.....</b>   | <b>162</b> |
| <b>ALLEGATO A – LEGISLAZIONE.....</b>  | <b>172</b> |
| <b>ALLEGATO B – ARTICOLI DELLA COSTITUZIONE BRASILIANA DEL 1988, ELENCATI SECONDO L’ORDINE IN CUI APPAIONO ALL’INTERNO DEL LAVORO.....</b>   | <b>197</b> |
| <b>ALLEGATO C – DECISIONI DEI TRIBUNALI BRASILIANI, ELENCATI SECONDO L’ORDINE IN CUI APPAIONO ALL’INTERNO DEL LAVORO. TUTTI DISPONIBILI SUI SITI: <a href="http://www.stf.jus.br">www.stf.jus.br</a> e <a href="http://www.tjrs.jus.br">www.tjrs.jus.br</a>.....</b> | <b>228</b> |

## CONSIDERAZIONI INIZIALI

Il presente studio trova la propria giustificazione nell'importanza assunta dai diritti fondamentali nelle società democratiche.

Praticamente non esistono più Stati che non abbiano aderito a qualche patto internazionale sui diritti umani o che non abbiano previsto perlomeno un nucleo di diritti fondamentali nell'ambito delle loro Costituzioni.

Nonostante i progressi operati per il loro riconoscimento, persiste il problema dell'efficacia dei diritti fondamentali. Si sa che non basta riconoscerli, è necessario garantirli, affinché la Costituzione non si riduca a un semplice foglio di carta, come affermato da Ferdinand Lassale.

Si tratta di una delle questioni più complesse del Diritto Costituzionale, specialmente in tempi di scarsità di risorse di bilancio. Non solo nei paesi con un minor livello di sviluppo umano ed economico, il costo dei diritti, siano essi positivi o negativi, preoccupa sempre più gli studiosi. Naturalmente, questa inquietudine è maggiore, trattandosi di diritti sociali a prestazioni.

Siccome il presente lavoro è frutto del dottorato realizzato a Roma, sarà tracciato un parallelo sulla disciplina costituzionale, il livello di realizzazione e le garanzie giuridiche dei diritti sociali in Italia e in Brasile.

L'approccio ha dato priorità ai diritti alla salute e all'istruzione ed è stato strutturato in quattro capitoli.

Il primo si riferisce all'evoluzione storica dello Stato e dei diritti fondamentali. In esso si dimostra che il conseguimento dello Stato sociale e democratico di diritto costituì l'apice di un lento processo, le cui fonti propulsive furono le Costituzioni messicana del 1917 e tedesca del 1919, che influenzarono fortemente le Costituzioni del secondo dopoguerra. Conforme il nuovo paradigma del costituzionalismo sociale, lo Stato ha una funzione strumentale di garanzia del libero e pieno sviluppo dei valori personalistici e comunitari. Si analizza la traiettoria dei diritti sociali in Brasile, dalla

Costituzione Imperiale fino alla Costituzione del 1988, mediante un'analisi critica dell'attuale contesto sociopolitico. Successivamente, vengono trattati lo Statuto Albertino e la Costituzione italiana del 1948, la cui concezione regionalista fu rafforzata dalla riforma del suo Titolo V. Infine si disserta sulla crisi dello Stato Sociale e la conseguente revisione del suo ruolo e si difende la necessità del suo rafforzamento dinanzi al potere di mercato. Si sostiene che la sopravvivenza dello Stato moderno, sia nell'aspetto democratico o di crescita economica, è inesorabilmente legato alla costruzione di uno Stato sociale autentico, intendendo come tale quello che promuove l'uguaglianza materiale e la dignità della persona umana.

Nel capitolo seguente, intitolato "Dei diritti fondamentali", si spiega la distinzione tra questa categoria e i diritti umani. Si mettono a fuoco le prospettive soggettiva e oggettiva dei diritti fondamentali, in particolare la prima. Si parla dell'origine e dell'evoluzione del concetto di diritto soggettivo, indirizzando la discussione verso l'obiettivo: sapere quali diritti fondamentali sono dotati di esigibilità.

Si menziona la classificazione dei diritti fondamentali in diritti di difesa, previsti generalmente in norme di efficacia piena e relativi a una posizione di rispetto e di astensione da parte dei pubblici poteri, e in diritti a prestazioni, che implicano una postura attiva dello Stato, ma che generalmente sono contenuti in norme di efficacia limitata. Si accenna che, nell'ambito dei diritti sociali, coesistono sia i diritti a prestazioni, sia i diritti di libertà, esaminandone la predominanza dell'elemento difensivo o di prestazione. I diritti a prestazioni, inseriti tra quelli di seconda dimensione, a loro volta, si suddividono in diritti a prestazioni giuridiche e diritti a prestazioni materiali (s.s.), classificazione che ebbe origine negli insegnamenti di Giorgio Jellinek. Si allude, inoltre, ai diritti a prestazioni nel senso ampio, la cui natura è residuale, comprendendo posizioni giuridiche fondamentali non fattuali di protezione; ai diritti di partecipazione nell'organizzazione e nel procedimento e ai diritti a prestazioni in senso stretto. Il riconoscimento di diritti alla protezione ci rimanda alla prospettiva giuridico-oggettiva dei diritti fondamentali e fa riferimento a importanti decisioni del Tribunale costituzionale federale tedesco sull'aborto. I diritti di partecipazione in strutture organizzative e in procedimenti hanno un rapporto anch'essi con una prospettiva oggettiva e sono di grande importanza per l'efficacia dei diritti fondamentali, non solo come prestazioni. Come esempio, si cita il diritto di

accesso alla giustizia e la decisione di un Tribunale regionale federale brasiliano a proposito della chirurgia di cambiamento di sesso. Successivamente, viene effettuata un'analisi critica della distinzione dei diritti fondamentali in positivi e negativi, sulla base della celebre teoria di Cass Sunstein e Stephen Holmes. Questo capitolo si conclude con la parte relativa al principio della dignità della persona umana e la sua importanza per l'interpretazione e la diffusione dei diritti fondamentali, con particolare evidenza per l'incidenza nei rapporti economici, di lavoro e sanitari e, inoltre, per la definizione di un *minimum* invulnerabile di tutte le persone, designato come minimo esistenziale.

Nel terzo capitolo, ci si addentra finalmente nei diritti sociali, cominciando col mettere in evidenza la loro essenzialità formale e materiale, oggi praticamente esente da dubbi; la sua protezione nella Costituzione brasiliana contro una proposta di emendamento tendente ad abolirli; il loro significato, che ha un rapporto più stretto con libertà che con prestazione; il suo oggetto, il cosiddetto minimo esistenziale.

Alla voce "giustiziabilità dei diritti sociali", si chiarisce che, malgrado l'articolo 5, comma 1, della Costituzione brasiliana dichiara che le norme di definizione dei diritti fondamentali hanno applicazione immediata, questa applicabilità è variabile, secondo la classificazione tripartita elaborata da José Afonso da Silva, adottata dal Supremo Tribunale Federale. Si discute quali sono i soggetti istituzionali giuridicamente obbligati a realizzare le condizioni di uguaglianza sostanziale. Si domanda, inoltre, se i giudici possono porre rimedio alle omissioni totali o parziali dei pubblici poteri e se la disciplina legislativa è veramente una *conditio sine qua non* per l'azionabilità dei diritti sociali a prestazioni. Tracciata una sintesi evolutiva dei diritti fondamentali secondo la classica tipologia "positivo" e "negativo", si difende l'idea secondo la quale, contemporaneamente, l'elemento costo non può essere tralasciato dalla Scienza del Diritto, benché il suo approccio sia complesso e delicato e possa essere utilizzato come impedimento all'osservanza dei diritti fondamentali soltanto in carattere eccezionale. A proposito dell'intervento giudiziale in materia di politiche pubbliche, si analizza la sentenza del Supremo Tribunale Federale emessa in sede di controllo concentrato di costituzionalità: la *ADPF* n. 45.

Si afferma che la scarsità di risorse pubbliche impone la scelta delle necessità pubbliche da soddisfare, rivelando quali valori sono realmente rilevanti in una determinata società. Si evidenzia l'importanza della ponderazione di principi giuridici nella realizzazione delle "scelte tragiche". Si pone in discussione il punto di

vista del trattamento uguale per tutti, anche quando gli individui non sono bisognosi. Il capitolo 3 si conclude con l'approccio della giudizializzazione dei rapporti sociali in Brasile. Dopo aver messo in evidenza l'importanza del Potere legislativo nel definire, attraverso un sistema di bilancio, le spese pubbliche prioritarie nel corso di ogni esercizio, si discorre sul principio della tripartizione dei poteri, la sua importanza storica, le minacce che affronta e la necessità di una sua revisione. Si avvisa sul pericolo di un attivismo esacerbato, che trasformi i giudici in "legislatori positivi" o in un ordinatore di spese, allo stesso tempo in cui si risalta il loro ruolo preponderante in tema di diritti sociali. Si menziona l'importante decisione del Supremo Tribunale Federale nel ricorso straordinario n. 410.715-5. Infine, si mettono a fuoco le sentenze *additive*, espressione coniata dalla dottrina italiana per designare le sentenze che, per riconoscere un diritto sociale, creano spese all'Erario non previste originalmente nel bilancio. Si evidenzia come il loro impatto sui conti degli enti locali installò in Brasile e specialmente in Italia un dibattito serrato, in cui la dottrina e la giurisprudenza ammettono l'esistenza di diritti finanziariamente condizionati e, di conseguenza, il controllo di costituzionalità delle leggi di spesa. Infine, si confronta la traiettoria abbozzata dalle Corti costituzionali italiana e brasiliana in materia di sanità e istruzione, indicandone i punti di prossimità e di divergenza.

Nel quarto e ultimo capitolo, si tratta del bilancio pubblico, discutendone l'origine, la funzione, il processo legislativo e l'esecuzione nei sistemi brasiliano e italiano. Successivamente, vengono abordati i vincoli di bilancio in materia di diritti sociali – sanità e istruzione – stabiliti dalla Costituzione brasiliana, che eccettuano il principio di bilancio delle entrate pubbliche non vincolate. Finalmente vengono esposti i rimedi giuridici o garanzie previste nel testo costituzionale brasiliano, mettendo in evidenza, ancora una volta, l'importanza dei giudici come interpreti principali delle norme giuridiche. Si affronta, in modo sintetico, l'intervento, l'azione diretta di incostituzionalità per omissione e il mandato di ingiunzione. Lo studio si conclude con la parte dedicata alle Corti dei Conti, che effettuano, tra l'altro, il controllo dell'esecuzione di bilancio, mediante un esame della sua disciplina da parte degli ordinamenti giuridici italiano e brasiliano.

## CAPITOLO 1 – DELLO STATO DEMOCRATICO E SOCIALE DI DIRITTO

**1.1** Evoluzione storica a partire dallo Stato liberale. **1.1.1** La formazione della Repubblica Federativa del Brasile: il percorso costituzionale e il consolidamento dei diritti sociali. **1.1.2** L'esperienza italiana: dallo Statuto Albertino alla Costituzione. **1.2** La crisi dello Stato sociale e del garantismo. La revisione del ruolo dello Stato.

### 1.1 Evoluzione storica a partire dallo Stato liberale

Tutto lo svolgimento del presente studio sarà intriso dell'idea secondo la quale lo Stato ha un carattere eminentemente strumentale.<sup>1</sup>

Secondo questa linea di pensiero, si sostiene che esso non costituisce un fine a sé stesso, ma che la sua esistenza ha come scopo quello di permettere che l'uomo raggiunga il suo completo destino. L'obiettivo dello Stato, pertanto, può essere riassunto nel bene pubblico, nel quale sono compresi l'ordine e la felicità.<sup>2</sup>

Si ritiene che la massimizzazione del benessere – per tutti e non solo per una parte della popolazione – può essere raggiunta attraverso l'effettiva partecipazione dello Stato, sotto forma di prestazione di servizi pubblici di qualità. Fissare una rete efficiente di prestazioni positive tende ad alterare lo *status quo* di povertà e di differenze sociali, conducendo la società politica verso il “dover essere”.

Gli interventi statali, allo scopo di sviluppare l'uguaglianza materiale tra gli individui e la giustizia sociale, caratterizzano il cosiddetto Stato di benessere o *Welfare State*, che consacra l'apice di una lenta storia evolutiva.

Una sintesi del passaggio da Stato liberale a Stato socialdemocratico è importante per l'analisi finale della questione dei diritti sociali e dei vincoli di bilancio, tema che ci siamo proposti.

Molto bene. Fu solamente nel XVII secolo che la distinzione tra Stato e individuo, come forma di contenimento del potere, cominciò a mettersi in evidenza.

---

<sup>1</sup> La preponderanza dell'uomo sullo Stato è messa in evidenza da Jacques Maritain nella seguente trascrizione: “El Estado no es más que un órgano habilitado para hacer uso del poder y la coerción y compuesto de expertos o especialistas en el orden y el bienestar públicos; es un instrumento al servicio del hombre. Poner al hombre al servicio de este instrumento es una perversión política. La persona humana en cuanto individuo es para el cuerpo político, y el cuerpo político es para la persona humana en cuanto persona. Pero el hombre no es en modo alguno para el Estado. El Estado es para el hombre.” (MARITAIN, Jacques. *El hombre y el Estado*. Traducción de Juan Miguel Palacios. Madrid: Fundación Humanismo y Democracia e Encuentro Ediciones, 1983, p. 27).

<sup>2</sup> MENEZES, Aderson de. *Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 51.

Fino ad allora, la sovranità si confondeva con i diritti del monarca, mentre i diritti individuali rimanevano circoscritti ai rapporti di carattere privato.

L'avvento dell'era costituzionale, iniziata con la promulgazione della Costituzione statunitense del 1787, impose una disciplina all'azione statale, con la demarcazione dei poteri e la dichiarazione dei diritti fondamentali.

L'articolo 16 della Dichiarazione della Rivoluzione Francese del 1789, aggiunse che "Qualsiasi società in cui non venga assicurata la garanzia dei diritti e neppure stabilita la separazione dei poteri, non possiede una Costituzione."

Lo Stato moderno si definisce come uno Stato di diritto, regolato dalle norme della Costituzione. Sul piano teorico, lo Stato di diritto sorse in Germania (*Rechtstaat*), nella seconda metà del XIX secolo, per essere poi inserito nella dottrina francese.<sup>3</sup>

Secondo questo modello, l'attività pubblica può essere svolta solo secondo un procedimento autorizzato dall'ordine giuridico, così come gli individui, ora denominati "cittadini", hanno a loro disposizione meccanismi giuridici adatti a salvaguardarli da un'azione abusiva dello Stato.<sup>4</sup>

Lo Stato di diritto si caratterizza per la supremazia della legge, vincolando i pubblici poteri non solo ai termini di questa legge, ma anche a principi materiali come la dignità della persona umana.

Non si pensi, tuttavia, che per la configurazione di uno Stato di diritto basti l'esistenza di uno Stato meramente giuridico-legale. La storia è piena di esempi che rappresentano la sottomissione del Diritto al potere politico.<sup>5</sup> A questo punto, è opportuno fare una menzione alla concezione formalista di Kelsen che, per molto tempo oscurò, per così dire, il concetto di Stato di diritto. L'illustre pensatore confondeva lo Stato con l'ordine giuridico. Ora, se solo il diritto positivo, considerato come norma "pura", cioè priva di qualsiasi contenuto, rappresentasse il diritto, allora tutto lo Stato, compreso quello dittatoriale, potrebbe costituire uno Stato di diritto.

<sup>3</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 86.

<sup>4</sup> CHEVALLIER, 1994 *apud* STRECK; MORAIS, 2001, p. 86-87.

<sup>5</sup> A proposito della storica crisi tra legalità e legittimità del potere, Paulo Bonavides esemplifica: "La legge, che inizia come autentica dea degli ideali rivoluzionari, finisce, secondo Schmitt e Bert Brecht, come prostituita sulle labbra dei *gangster* americani, quando questi ironicamente danno la parola d'ordine che "il lavoro dev'essere legale". Ugualmente "legale", come diremo più avanti, fu anche l'ascesa al potere di Hitler in Germania e l'instaurazione della dittatura socialista in Cecoslovacchia da parte del Partito Comunista. E, tuttavia, la legge assiologicamente fondava, da poco più di un secolo, il prestigio di un nuovo ordine sociale esageratamente sicuro dei poteri della ragione astratta e liberatrice" (BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 114).



Questa dottrina ricevette critiche severe per convertire, in una riduzione deformante, lo Stato di diritto a mero Stato legale, completamente staccato dalla realtà politica, sociale ed economica.<sup>6</sup>

Si sostiene che un vero Stato di diritto deve superare la mera legalità per rappresentare qualcosa di più, spiegato nel proprio contenuto<sup>7</sup>, che può essere tradotto in un concetto di fondo sui diritti fondamentali e sul ruolo dello Stato.

Con la revisione della nozione della legalità dell'ideale liberale, la legge gradualmente rappresentò uno strumento effettivo di trasformazione sociale, invece di essere un mero comando generale e astratto. Il diritto assunse un contenuto assiologico-politico, attribuendo allo Stato un comportamento attivo alla realizzazione della giustizia sociale.<sup>8</sup>

Il nuovo modello di Stato sociale mira alla creazione di una situazione di benessere generale, che garantisca il pieno sviluppo dell'essere umano.<sup>9</sup>

Il riconoscere nuovi diritti fondamentali, che concedono agli individui dei servizi come l'istruzione, la sanità, il lavoro e l'assistenza sociale, operò la transizione delle libertà formali astratte verso le libertà materiali concrete.

Si passò a parlare di uguaglianza non come un "ideale di omogeneità sociale", ma come un valore che privilegia la riduzione delle disuguaglianze, offrendo dignità a tutti i componenti del nucleo sociale.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 104.

<sup>7</sup> Mette in evidenza Elías Díaz que "No todo Estado es Estado de Derecho. Por supuesto es cierto que todo Estado crea y utiliza un Derecho, que todo Estado funciona con un sistema normativo jurídico. Difícilmente cabría pensar hoy un Estado sin Derecho, un Estado sin un sistema de legalidad. Y, sin embargo, decimos, no todo Estado es Estado de Derecho; la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho. Designar como tal a todo Estado por el simple hecho de que se sirve de un sistema normativo jurídico constituye una imprecisión conceptual y real que sólo lleva – a veces intencionadamente – al confucionismo." (DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Taurus Ediciones, 1988, p. 17).

<sup>8</sup> La concezione del principio di uguaglianza ha subito una profonda evoluzione, non essendo più concepita come un principio naturale, nel senso che tutti gli uomini nascono e rimangono liberi, ma come elemento qualificante l'ordinamento giuridico, che deve essere conseguito attraverso l'azione dei pubblici poteri: dall'ordine giudiziario attraverso l'indipendenza dei suoi comportamenti, dalla pubblica amministrazione in virtù dell'imparzialità dell'azione amministrativa, dal legislatore attraverso il divieto di discriminazioni e di trattamenti arbitrariamente diseguali." (ROLLA, Giancarlo. *La tutela costituzionale dei diritti*. V. III. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007, p. 48).

<sup>9</sup> Secondo João Pedro Schmidt, il tema dello sviluppo occupò un posto centrale nelle discussioni sin dagli anni '90, attraverso il concetto utilizzato dall'ONU, basato nell'Indice di Sviluppo Umano (ISU) come elemento fondamentale per l'inserimento in questa discussione di temi come inclusione sociale, sostenibilità ambientale e qualità di vita. (SCHMIDT, João Pedro. *Gestão de políticas públicas: elementos de um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista*. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (orgs). *Direitos sociais e políticas públicas. Desafios contemporâneos*. T. 7, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007, p. 1988.

L'uguaglianza intende assicurare pari capacità giuridica e pari opportunità. Nell'impostazione della dottrina liberale l'uguaglianza si identificava con l'abolizione dei privilegi, però

Nel vigente ordinamento costituzionale il principio di eguaglianza assume una portata più ampia, la quale – pur non escludendo l'eguale capacità giuridica – comprende anche la regola che le differenze di ordine sociale e economico non possono esprimersi in modo tale da impedire ad altri l'effettivo esercizio dei diritti e delle libertà costituzionali.<sup>11</sup>

Lo Stato sociale di diritto si manifestò specialmente a partire dalla Costituzione messicana del 1917 e dalla Costituzione tedesca del 1919, nelle quali, per la prima volta, constavano chiaramente i diritti sociali. Mentre la Costituzione degli Stati Uniti Messicani assicurava diritti agrari, al lavoro e all'istruzione, quella tedesca andò oltre, garantendo casa, assistenza alle madri e aiuto alle famiglie numerose.<sup>12</sup>

Dopo la Seconda Guerra Mondiale, si intensificò la preoccupazione delle nazioni con il problema dei diritti sociali. Nel 1948, la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, redatta dall'Organizzazione delle Nazioni Unite, consacrò per la prima volta a livello internazionale, i diritti economici, sociali e culturali, successivamente specificati nel Patto Internazionale dei Diritti Economici, Sociali e Culturali del 1966.

Tuttavia, anche all'interno dello Stato sociale di diritto il problema della concretizzazione dell'uguaglianza non ottenne una piena soluzione, nonostante abbia superato la concezione puramente formale che caratterizzò lo Stato liberale.

Dallo Stato sociale si passò allo Stato democratico di diritto. Anche in esso si conferisce grande importanza alla legge, ma qui essa è vista come uno strumento di

---

<sup>10</sup> RODRIGUES, Hugo Thami. Políticas tributárias de desenvolvimento e de inclusão social: fundamentação e diretrizes, no Brasil, frente ao princípio republicano. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (orgs). ***Direitos sociais e políticas públicas. Desafios contemporâneos***. T. 7, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007, p. 1911.

<sup>11</sup> ROLLA, Giancarlo. ***La tutela costituzionale dei diritti***. V. III. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007, p. 47.

<sup>12</sup> Andrea Rovagnati spiega che le Costituzioni precedenti a quella di Weimar non contemplavano i diritti sociali né esplicitamente né implicitamente perché "i principi in esame non solo non erano stati ancora proclamati in alcun documento giuridico ma nemmeno idealmente concepiti". Pensatori come Bodin, Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu, Kant e tanti altri è che svilupparono l'idea di auto-determinazione dell'individuo e di che il compito principale del potere pubblico è riconoscere ai singoli individui una sfera relativamente ampia di libertà giuridica in quasi tutti i settori in cui si svolge la vita dell'uomo, soprattutto in quella economica, la quale trovò un vasto consenso in ambito culturale, sociale e politico, e favorì una grandiosa opera di rinnovamento dei sistemi giuridici, con la approvazione di testi normativi, come Costituzioni e Carte dei diritti. (ROVAGNATI, Andrea. ***Sulla natura dei diritti sociali***. Torino: Giappichelli, 2009, p. 2-3).

intervento nei confronti della realtà sociale, visto che l'idea di democrazia è intimamente legata alla questione delle condizioni materiali dell'esistenza umana.

Si consideri che la

legge non deve rimanere all'interno di una sfera puramente normativa, non può essere appena legge dell'arbitrato, poiché è necessario che influisca sulla realtà sociale. E se la Costituzione si apre alle trasformazioni politiche, economiche e sociali che la società brasiliana richiede, la legge acquisterà importanza nella misura in cui, in quanto espressione fondamentale del diritto positivo, si caratterizza come uno sviluppo necessario del contenuto della Costituzione e lì svolge una funzione di trasformazione della società, imponendo cambiamenti sociali democratici, nonostante possa continuare a svolgere una funzione conservatrice, garantendo la sopravvivenza dei valori socialmente accettati.<sup>13</sup>

Tra la democrazia e l'uguaglianza esiste un nesso profondo. L'uguaglianza cercata attraverso il sistema costituzionale è l'uguaglianza materiale, ossia, non solo dinanzi alla legge, ma attraverso la legge.<sup>14</sup>

Allo stesso modo in cui l'uguaglianza dei diritti crea il senso di uguaglianza basata nel rispetto dell'altro come uguale, la disuguaglianza dei diritti fa sorgere l'immagine dell'altro come disuguale, cioè, inferiore sul piano antropologico, proprio perché inferiore sul piano giuridico.<sup>15</sup>

Lo Stato democratico progredì rispetto alle proposte che lo precedettero, considerando che l'uguaglianza deve essere intesa anche in senso sostanziale, in quanto ogni società contiene al suo interno disuguaglianze di fatto, che debbono essere rimosse nella misura in cui impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese. Secondo questa prospettiva, il principio di uguaglianza rappresenta il punto di contatto tra lo Stato democratico e lo Stato sociale: l'uno realizza e dà sostanza all'uguaglianza giuridica, l'altro si propone di offrire a tutti i cittadini quelle parità di opportunità e di condizioni che la società, in ragione della sua struttura, non è in grado di predisporre autonomamente. Il principio

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 110.

<sup>14</sup> Secondo Vieira de Andrade, non si tratta di un'uguaglianza formale, astratta, livellatrice e unificatrice, ma dell'uguaglianza materiale, che esige la considerazione della realtà nella quale le persone si muovono e, di conseguenza, la diversità di trattamento e di statuto di quelli che, per le proprie qualità specifiche o per la loro situazione nel processo sociale, hanno bisogno di una protezione (differente) necessaria e adeguata alla loro (pari) dignità di persone. Comunque, si penserà a tutti, nell'universalità, e non in alcuni, nella particolarità. L'idea è che l'universalizzazione dei diritti sociali è l'ultima tappa dello Stato Sociale. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 139-140).

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Ed. Trotta, 1999, p. 58.

di uguaglianza sostanziale opera a favore dei cosiddetti “soggetti deboli”, i quali vedono ostacolata per ragioni economiche e sociali la possibilità di un esercizio effettivo e paritario dei diritti costituzionali: la donna rispetto all’uomo, il lavoratore rispetto al datore di lavoro, gli emarginati sociali rispetto agli strati più inseriti.<sup>16</sup>

Gli interventi statali pretendono, in ultima analisi, di garantire a tutti i cittadini le condizioni minime per una vita degna. Il *minimo esistenziale* è imprescindibile, qualsiasi sia l’organizzazione sociale che sarà implementata.<sup>17</sup>

La nascita dello Stato moderno e le sue successive trasformazioni, fino ad arrivare alle attuali forme di Stato sociale, trova riscontro anche ad un esame più approfondito dell’effettiva portata della tutela dei diritti fondamentali nell’ambito delle diverse forme di Stato succedutesi nel tempo. Così come lo Stato, anche i diritti fondamentali subiscono delle trasformazioni. Questa linea di sviluppo però non si presenta affatto come una linea retta, ma al contrario come una linea che ha seguito percorsi disarmonici, come disarmonici sono stati, nel tempo, gli equilibri complessivi (sociali, economici e politici) che hanno accompagnato le diverse esperienze statali.<sup>18</sup>

Quando il modello di Stato fu analizzato anche sotto il prisma comunitario, divennero oggetto di attenzione le collettività diffuse. Si ebbe la trasposizione dei cosiddetti *diritti di prima generazione* (o dimensione), che sono i diritti di libertà, circoscritti alle libertà negative, in opposizione all’azione statale, per quelli di *seconda generazione*. Questi ultimi sono i diritti sociali, culturali ed economici, vincolati alla positività dell’azione statale, tradotta in servizi, come forma di sviluppo dell’uguaglianza. Sono positivi, per esempio, i diritti all’istruzione e alla sanità, che non possono essere esercitati in modo autonomo dagli individui, richiedendo l’azione statale sottoforma di prestazione positiva per la loro realizzazione.

<sup>16</sup> ROLLA, Giancarlo. *La tutela costituzionale dei diritti*. V. III. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007, p. 50.

<sup>17</sup> Per John Rawls, senza il minimo sociale, inteso come una situazione di pari opportunità, non esiste una fruizione effettiva dei diritti di libertà, come pure non consente qualsiasi giustizia distributiva. Il minimo esistenziale o sociale costituirebbe, pertanto, secondo l’autore, la vera condizione di libertà. (RAWLS, John. *Liberalismo Político*. Tradução de Sergio René Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 218). Abbiamo avuto l’opportunità di trattare il minimo esistenziale nel nostro *Dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e limites à tributação no Estado Democrático de Direito*, pubblicato dalla casa editrice Juruá.

<sup>18</sup> CARETTI, Paolo. *I diritti fondamentali*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2005, p. XX.

### 1.1.1 La formazione della Repubblica Federativa del Brasile: il percorso costituzionale e il consolidamento dei diritti sociali.

L'analisi della storia del Brasile rivela che la sua esperienza di libertà non è lunga.

Subito dopo la dominazione coloniale, che si è protratta dal 1500, anno della "scoperta" della nazione da parte dei portoghesi<sup>19</sup>, fino al 1822, ebbe inizio l'Impero.

L'Assemblea Costituente formata da rappresentanti delle diverse provincie fu sciolta da Dom Pedro I che, il 25 marzo 1824, ordinò una costituzione intitolata "Costituzione Politica dell'Impero del Brasile".<sup>20</sup> Il percorso costituzionale brasiliano, come si può vedere, cominciò sotto il segno di un'imposizione.

Nonostante contenesse un lungo elenco di "garanzie dei diritti civili e politici dei cittadini brasiliani"<sup>21</sup> e consacrasse i principi della legalità e dell'uguaglianza<sup>22</sup>, la Carta del 1824, senza rompere con la tradizione lusitana, istituzionalizzò, con diversi strumenti, il modello oligarchico, che conservava con la struttura normativa della Costituzione un rapporto meramente formale.

Erano tollerati sia i privilegi della nobiltà sia il voto secondo il reddito<sup>23</sup> e il regime della schiavitù. Buona parte della popolazione era composta da schiavi, considerati "cose" invece che "soggetti di diritto".

L'eredità dell'Impero è estremamente chiarificatrice: 83% di analfabeti, su una popolazione di poco più di 14 milioni di persone. È curioso che la Costituzione del 1824 garantiva, nel suo articolo 179, comma XXXII, "L'istruzione primaria e gratuita a tutti i Cittadini".<sup>24</sup>

---

<sup>19</sup> Nell'idea di Heródoto Barbeiro, "Non ci sono dubbi che la scoperta del Brasile fu intenzionale. Questa tesi può essere dimostrata se consideriamo il dominio lusitano del Mar Oceano, che allontana l'ipotesi di un cambio della rotta per una bonaccia. Il Trattato de Tordesillas e la mancata accettazione della *Bula Inter Coetera* da parte dei portoghesi dimostrarono la piena conoscenza del Portogallo sulla regione." (BARBEIRO, Heródoto. *Curso de história do Brasil*. São Paulo: Harbra, 1946, p. 9).

<sup>20</sup> BARBEIRO, Heródoto. *Curso de história do Brasil*. São Paulo: Harbra, 1946, p. 106.

<sup>21</sup> Come esempio, si fa riferimento all'articolo 178, *caput*: "L'inviolabilità dei Diritti Civili e Politici dei Cittadini Brasiliani, che hanno come base la libertà, la sicurezza individuale e la proprietà, è garantita dalla Costituzione dell'Impero, nella seguente maniera:[...]"

<sup>22</sup> Ciò è stato previsto dal comma XIII dell'articolo 179: "La Legge sarà uguale per tutti, che protegga, che castighi, o ricompenserà in modo proporzionale ai meriti di ciascuno."

<sup>23</sup> Il voto, oltre a essere maschile, era secondo il reddito: per votare, era necessario possedere un determinato reddito annuale. Anche per essere un candidato a deputato o senatore era richiesto un reddito alto.

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 9-12.

Solamente il 13 maggio 1888 fu abolito il lavoro schiavo.<sup>25</sup> Il Brasile, purtroppo, fu l'ultimo paese di tradizione cristiana e occidentale a liberarli, non facendolo per convinzione, ma per convenienza. Confermò appena la sua obsolescenza dinanzi ai nuovi rapporti capitalisti di produzione.

Venne così stimolata l'immigrazione europea, persino dai pubblici poteri, "interessati a sostituire l'oneroso lavoro degli schiavi con il più vantaggioso lavoro salariato (maggior produzione e miglior qualità)".<sup>26</sup>

Fu particolarmente intensa l'immigrazione italiana, che si protrasse dal 1870 fino all'inizio del ventesimo secolo.<sup>27</sup> Si diresse specialmente alle piantagioni di caffè dello Stato di San Paolo, ma un gran numero di immigranti si sparse a Sud e Sud Est del Brasile. Si spiega: il Sud continuava poco popolato e nella mira delle nazioni vicine, per questo il governo stimolò l'insediamento degli immigranti.

Tutte le colonie meridionali furono organizzate nello stesso modo: divise in leghe e ritagliate, in senso longitudinale, da strade. La maggior parte dei contadini si dedicarono alla produzione del vino e al lavoro nelle vinicole e fondarono città come Caxias do Sul<sup>28</sup> e Bento Gonçalves.

Fatta questa digressione storica, è necessario analizzare il periodo successivo alla promulgazione della Costituzione del 24 febbraio 1891, ispirata al modello nordamericano. Essa operò una triplice trasformazione: 1. forma di governo:

<sup>25</sup> Attraverso la cosiddetta "Lei Áurea", sanzionata dalla Reggente Principessa Isabel. Essa fu preceduta dalla "Lei do Ventre Livre", che considerava i figli nati da schiavi come liberi, e, nel 1885, la "Lei do Sexagenário", che concedeva la libertà agli schiavi con più di sessanta anni d'età.

<sup>26</sup> Il lavoro schiavo, molto vantaggioso nella fase iniziale di implementazione del ciclo della canna da zucchero e della produzione del caffè, diventò un problema, specialmente a causa della crescente pressione inglese contro la tratta dei negri africani verso il Brasile. L'interesse britannico, è bene dire, era soprattutto finanziario, poichè il passaggio al capitalismo liberale richiedeva una manodopera più adeguata alla nuova politica economica, cioè, la manodopera stipendiata. (BARBEIRO, Heródoto. **Curso de história do Brasil**. São Paulo: Harbra, 1946, p. 172 a 180).

<sup>27</sup> Secondo Susete Pricilla Pezzi, "Solamente tra 1870 e 1887 l'emigrazione dal Trentino, secondo le statistiche di Don Guetti, registra 18.487 partenze verso l'America del Sud [...]" (PEZZI, Susete Pricilla. **Abramo Pezzi. Il maestro. 150 anos: 1846-1996**. Caxias do Sul: Kessler, 1996, p. 15).

<sup>28</sup> Come ha scritto João Antônio Tessari, i primi coloni della 5ª lega di Colônia Caxias, a Travessão Santa Teresa, erano provenienti dalla Val Di Non, nella regione del Trentino Alto Adige, in Italia, il cui patrono era San Romedio. Le undici famiglie di immigranti italiani si insediarono sui 3.084.132 metri quadrati di terra, riservati da Dom Pedro II, Imperatore del Brasile, su suggerimento di sua moglie, Tereza Cristina, di nazionalità italiana. Come bagaglio, portarono solo dei piccoli bauli con abbigliamento, sementi di mais, grano, fagioli, radicchio, oltre a dei ceppi di uve vinifere bianche, rosse e rosate, che diedero origine a grandi vigneti, non solo nella 5ª lega, ma in altre regioni di Caxias do Sul. Dal 1876 al 1881 si integrarono alla Società della Chiesa di San Romedio diverse famiglie oriunde dell'Italia settentrionale, in particolare: Boz, Brustolin, Clamer, Dabrochio, Dalfovo, D'Ambroz, Endrizzi, Gollo, Longhi, Marcola, Maschio, Moretto, Paermegiani, Pedron, Pezzi, Rizzon, Scariott, Stalivieri, Tessari, Tomazzoli e Zanol. (TESSARI, João Antônio. **Memórias**. Caxias do Sul: UCS, 1994, p. 17-18 e 75).

si passò da monarchia a repubblica; 2. sistema di governo: da parlamentare in presidenziale; 3. forma di Stato: da unitaria fu convertita in federale.<sup>29</sup>

Durante la 1<sup>a</sup> Repubblica, che durò dal 1889 al 1930, si continuò, però, a ignorare completamente i diritti sociali. La Costituzione assicurò solo, nel capitolo denominato “Dichiarazione dei diritti”, i diritti tipicamente liberali, come libertà, sicurezza individuale e proprietà.

Spettò alla Costituzione del 1934, influenzata dalla Costituzione di Weimar del 1919, di introdurre importanti innovazioni. Dedicò, pertanto, un titolo specifico all’Ordine Economico e Sociale, dando inizio all’era dell’intervento statale. Nel suo articolo 115, si legge:

Art. 115 – L’ordine economico deve essere organizzato secondo i principi della Giustizia e delle necessità della vita nazionale, in modo che permetta a tutti un’esistenza degna. All’interno di questi limiti, è garantita la libertà economica.

Creò, inoltre, la Giustizia del Lavoro e lo stipendio minimo.<sup>30</sup> Nel suo articolo 113, comma 34, garantiva a tutti il diritto di provvedere al proprio sostentamento e a quello della propria famiglia mediante un lavoro onesto, dovendo il Potere pubblico proteggere, ai sensi di legge, chi fosse in situazione di indigenza. Si rivela qui un’antica preoccupazione del legislatore nel garantire un minimo di sussistenza ai bisognosi.

Trattò del diritto alla sindacalizzazione e fissò una lista di diritti dei lavoratori. Attribuì all’Unione e agli Stati la competenza per legiferare in merito alla sanità. Definì il diritto all’istruzione come un diritto di tutti, garantendo la gratuità della scuola primaria e la tendenza alla gratuità dopo questo livello. Infine, ampliò le forme pensionistiche nell’ambito della pubblica amministrazione.

A partire dal 1937, i diritti sociali dei lavoratori e alcuni diritti alla previdenza furono riconosciuti e tutelati, malgrado il carattere paternalista da parte del governo e la soggezione dei sindacati al potere pubblico.

Della Costituzione del 1937, merita di essere trascritto l’articolo 130:

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 13.

<sup>30</sup> Secondo la Costituzione del 1988, il salario minimo, fissato per legge e nazionalmente unificato, è definito dall’articolo 7, comma IV, come quello capace di soddisfare le necessità vitali elementari dei lavoratori urbani e rurali e delle loro famiglie con abitazione, alimentazione, istruzione, sanità, svago, abbigliamento, igiene, trasporto e previdenza sociale, mediante adeguamenti periodici che mantengono loro il potere d’acquisto.

Art. 130 – La scuola elementare è obbligatoria e gratuita. La gratuità, però, non esclude il dovere della solidarietà nei confronti dei più bisognosi, da parte di chi ne ha meno bisogno; così, al momento dell'iscrizione, sarà richiesta, a chi non presenterà o non potrà addurre scarsità di risorse, un modico contributo mensile a favore delle casse scolastiche.

La sanità, a sua volta, doveva essere regolamentata esclusivamente da norme dell'Unione, ai sensi dell'articolo 16, comma XXVII.

Presentava un esteso catalogo di diritti del lavoro che esistono tutt'oggi. Malgrado la previsione di una serie di diritti sociali, è bene ricordare che il contesto era la dittatura – il cosiddetto *Nuovo Stato* -, instaurato da Getúlio Vargas subito dopo il colpo di stato del 1937, con l'imposizione di una Costituzione che, ispirata al fascismo, istituzionalizzò uno Stato totalitario, con la censura della stampa, il controllo delle masse popolari attraverso i sindacati vincolati al Ministero del Lavoro e un marcante interventismo statale.<sup>31</sup>

Con la fine della Seconda Guerra Mondiale, diversi regimi dittatoriali si conclusero; gli Stati indipendenti elaborarono i propri statuti fondamentali. Tra il 1946 e il 1949, ventun paesi stilavano nuove Costituzioni, senza contare l'America Latina, dove otto Nazioni inaugurarono nuove Leggi fondamentali o modificarono profondamente quelle esistenti.<sup>32</sup> Fu il caso del Brasile che, nel 1946, fece promulgare una nuova Costituzione, dando inizio al processo di "ridemocratizzazione".

La Costituzione del 1946 garantiva ai brasiliani e agli stranieri residenti nel paese l'inviolabilità dei diritti concernenti la vita, la libertà, la sicurezza individuale e la proprietà e prevedeva una serie di diritti del lavoro.

L'articolo 166 trattava dell'istruzione, proclamata come un diritto di tutti, da fornirsi nelle case e nella scuola. Secondo l'articolo 168, la scuola primaria è obbligatoria e svolta nella lingua nazionale; la scuola primaria ufficiale è gratuita per tutti, mentre quella successiva solo per quelli che dimostrino l'assenza o l'insufficienza di risorse. La difesa e lo sviluppo del diritto alla sanità e il sistema della previdenza furono messi a carico dell'Unione, nell'articolo 5, comma 15, lettera "b".

Una preziosa regola fu inserita all'articolo 169: per la prima volta, la Costituzione stabilì una percentuale minima di risorse per la realizzazione di un diritto

<sup>31</sup> BARBEIRO, Heródoto. *Curso de história do Brasil*. São Paulo: Harbra, 1946, p. 246-247.

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 25.



sociale, nell'esigere che l'Unione applicasse annualmente non meno che il dieci per cento e gli Stati, il Distretto Federale e i Comuni, non meno che il venti per cento delle entrate derivanti dalle imposte, per la manutenzione e lo sviluppo dell'istruzione.

Nel 1964, però, il paese subì un colpo di stato militare<sup>33</sup>, i cui effetti si protrassero fino al 1985. Pertanto, solo dopo circa vent'anni di dittatura, il Brasile rientrò nel gruppo dei paesi democratici, con l'insediamento di una Assembleia Nazionale Costituente per elaborare la nuova Costituzione della Repubblica.

Non sorprende che presenti ancora una fisionomia immatura, frutto delle successive rotture istituzionali. La realtà socio-politica trova nella storia una giustificazione.

Non ci sono dubbi che la Costituzione federale del 1988 introdusse grandi innovazioni, soprattutto nel campo dei diritti fondamentali. Promosse un maggior equilibrio anche per quanto riguardava l'organizzazione dei poteri, attenuando la supremazia del Potere esecutivo. Nell'ambito dell'organizzazione dello Stato, realizzò un significativo decentramento politico, rafforzando Stati e comuni con l'incremento delle loro competenze e delle loro entrate.<sup>34</sup>

A dispetto di una norma esplicita nel nuovo testo costituzionale, gli autori sono unanimi nell'affermare che la Repubblica Federativa del Brasile adottò il modello di Stato sociale. Tanto è vero che, nel suo articolo 3, enumera come obiettivi fondamentali la costruzione di una società libera, giusta e solidale; la garanzia dello sviluppo nazionale; l'eliminazione della povertà e dell'emarginazione, la riduzione delle disparità sociali e regionali; la diffusione del benessere, senza preconcetti o discriminazioni. Tutto il sistema di pianificazione stabilito dalla Costituzione per lo sviluppo nazionale deve essere diretto al raggiungimento di questi obiettivi<sup>35</sup>, da concretizzarsi attraverso politiche pubbliche di sviluppo e di inserimento sociale.

---

<sup>33</sup> L'atto istituzionale del 9 aprile 1964, emesso dai comandanti in capo delle Forze Armate, determinò le seguenti misure: elezione indiretta del presidente della repubblica; sospensione delle garanzie dei vitalizi e della stabilità; possibilità di licenziamento; esenzione o pensione di dipendenti pubblici federali, statali e municipali; possibilità di annullamento dei diritti politici e dei mandati legislativi, tra le altre cose a carattere eminentemente discrezionale. Durante il regime militare post 1964, le restrizioni al voto, le persecuzioni nei confronti dell'opposizione, l'annullamento dei mandati e l'uso della repressione fisica furono elementi costanti della vita politica nazionale.

<sup>34</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 42.

<sup>35</sup> Secondo Konrad Hesse, "Nonostante la Costituzione non possa, da sola, realizzare nulla, può imporre compiti. La Costituzione si trasforma in una forza attiva se queste azioni sono effettivamente realizzate, se esiste la disponibilità a orientare la propria condotta secondo l'ordine in essa stabilito, se, a dispetto di tutte le domande e riserve provenienti dai giudizi di convenienza, si può identificare la volontà di concretizzare quest'ordine. Concludendo, si può affermare che la Costituzione si convertirà

Purtroppo, la Costituzione del 1988 ha già subito oltre sessanta emendamenti, alcuni lesivi il sistema di valori tracciato dal legislatore costituente.<sup>36</sup> È realmente più difficile, per una società segnata dall'autoritarismo, redigere una Costituzione a carattere definitivo. Non si può, tuttavia, non evidenziare quanto delle riforme periodiche sono fonte di incertezza, mentre uno degli assi principali su cui deve gravitare lo Stato di diritto è la sicurezza dei rapporti giuridici. Quest'orbita disarmonica provoca l'allontanamento di un'altra coordinata fondamentale del sistema: la giustizia. Naturalmente un ordine giuridico incapace di soddisfare questi due valori fondamentali si riduce a un mero formalismo retorico.

Sotto l'aspetto sociologico, la discontinuità istituzionale frustra la cristallizzazione di un sentimento costituzionale, "risultato ultimo dell'entrata della Legge fondamentale nella vita quotidiana dei cittadini, creando una coscienza comunitaria di rispetto e preservazione, come un simbolo superiore, di valore affettivo e pragmatico".<sup>37</sup>

Non senza ragione mancano ai brasiliani un sentimento democratico e una coscienza nazionale. Il binomio Stato forte – società civile debole lasciò molti strascichi, come rivela l'attuale contesto socio-politico.

Il primo presidente eletto democraticamente, dopo anni di dittatura, subì un *impeachment*.<sup>38</sup> Numerose altre denunce di corruzione vengono fatte quasi

in forza attiva se si faranno presenti, nella coscienza generale – in particolare, nella coscienza dei principali responsabili dell'ordine costituzionale -, non solo la volontà del potere (*Wille zur Macht*), ma anche la volontà della Costituzione (*Wille zur Verfassung*). (HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 19).

<sup>36</sup> Una delle caratteristiche più evidenti è quella dell'emendamento costituzionale n° 16, del 04 giugno 1997, che introdusse nell'ordinamento giuridico brasiliano l'istituto della rielezione: "Art. 14. La sovranità popolare sarà esercitata a suffragio universale e con voto diretto e segreto, con valore uguale per tutti e, secondo i termini di legge, mediante: § 5° Il Presidente della Repubblica, i Governatori degli Stati e del Distretto Federale, i Sindaci e chi ha loro succeduto o sostituito nel corso dei mandati potranno essere rieletti per un unico successivo periodo. § 6° Per concorrere ad altri incarichi, il Presidente della Repubblica, i Governatori degli Stati e del Distretto Federale e i Sindaci devono rinunciare ai rispettivi mandati entro i sei mesi precedenti l'elezione."

<sup>37</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 47-48. Secondo lo stesso autore, "Costituzioni, com'è volgarmente noto, non ci sono mancate. Al contrario, in questa materia avremo peccato più per eccesso che per difetto. [...] Così, in una successione di ostacoli, furono redatte, in poco più di 180 anni di Indipendenza e 110 di Repubblica, otto Costituzioni, in un malinconico segno di instabilità e mancanza di continuità delle nostre istituzioni politiche". (BARROSO, 2006, p. 7-8).

<sup>38</sup> Si tratta di Fernando Afonso Collor de Mello, il primo presidente della repubblica eletto con elezioni dirette, dopo un lungo regime autoritario. Il 29 settembre 1992, la Camera dei Deputati votò a favore della denuncia contro il presidente. Furono 441 voti a favore dell'instaurazione della denuncia al Senato e 38 contrari. Finalmente, il 29 dicembre 1992, il Senato votò, con 76 voti a 5, per l'*impeachment* del presidente Fernando Afonso Collor de Mello, a causa dei crimini di responsabilità inquadri negli articoli 8, comma 7 e 9 comma 7, della Legge 1079 del 10 aprile 1950, e nell'articolo 85, commi IV e V, della Costituzione federale. Il Senato decise, inoltre, che, anche con la rinuncia, egli

giornalmente, colpendo gran parte delle sfere di governo e degli altri Poteri dello Stato.<sup>39</sup> I casi di appropriazione indebita delle risorse pubbliche sono talmente reiterati che quasi non provocano reazione nella popolazione.<sup>40</sup>

L'abituale dichiarazione di assenza di risorse destinate ai settori della sanità e dell'istruzione è smentita dalle notizie di ripetuti record di riscossione a livello federale, rivelando l'inefficienza e le incoerenze del sistema.<sup>41</sup> Si coniugano, in maniera perversa, miseria, corruzione e spreco. Le classi più bisognose della popolazione continuano a non avere accesso al mercato formale del lavoro, anche per mancanza di qualifica.

Questo scenario causa l'aggravamento delle distorsioni nella distribuzione del reddito nel paese a livelli veramente inaccettabili. In contrapposizione agli indici ufficiali, uno studio avallato dall'IPEA ha concluso che 48% della popolazione

doveva subire la seconda sanzione imposta dalla Costituzione, all'articolo 52, comma unico, cioè, la perdita dell'esercizio di qualsiasi funzione pubblica per otto anni. La condanna politica non impedì che Collor fosse assolto, nel 1994, per mancanza di prove, dal Supremo tribunale federale.

<sup>39</sup> Il Brasile guadagnò cinque posizioni nella classifica annuale della corruzione elaborata dall'organizzazione "Transparency International", divulgata a Berlino il 17 novembre 2009. Furono 180 le nazioni analizzate. Il Brasile ricevette, in una scala da zero a dieci, 3,7 punti, passando dall'80<sup>a</sup> posizione del 2008, alla 75<sup>a</sup>. Nonostante l'evoluzione, il paese mantiene un indice molto alto di "percezione della corruzione", collocandosi solo quattro posizioni davanti a Burkina Faso, Cina, Swaziland, e Trinidad e Tobago. L'indice è calcolato sulla base di ricerche realizzate da note istituzioni. La situazione del Brasile è paragonabile a quella dell'America Latina nel suo insieme: 21 dei 31 paesi della regione compresi nell'indagine riceverono un punteggio inferiore a 5 e nove di questi non superarono i tre punti. Disponibile su <http://politicabrasileira2500.wordpress.com/2009/11/17/brasil-melhora-cinco-posicoes-em-ranking-de-corrupcao/>. Visitato il 24 feb. 2010.

<sup>40</sup> A proposito dell'apatia politica Celia Lessa Kerstenetzky scrisse: "Le differenze socioeconomiche, soprattutto quando intense, sono associate a varie conseguenze indesiderate: crescita economica insufficiente, povertà, violenza e democrazia di bassa qualità, soprattutto nei termini di efficacia dei diritti civili, ma anche di un'effettiva uguaglianza dei diritti politici (Kerstenetzky, 2002) [...]. All'elenco dei malefici della disuguaglianza si può aggiungere, inoltre, l'apatia politica dei gruppi sociali più carenti. Il declino, per esempio, negli Stati Uniti, della più convenzionale forma di partecipazione politica, il voto, a partire dagli anni '70, se non può essere associata alla crescita della disparità (che avviene solo a partire dagli anni '80), è più evidente tra i più poveri e meno istruiti e li colpisce sempre più (Jencks, 2002). L'influenza politica di questo segmento tende a essere sempre minore, tra gli altri motivi, per il crescente peso dei contributi pecuniari nelle campagne politiche (Idem, ibidem). Di fatto, in particolare nei decenni più recenti, l'associazione tra disuguaglianze e mancata partecipazione politica, soprattutto dei segmenti sociali svantaggiati, diventa abituale nella letteratura sulla partecipazione politica e nella teoria democratica." (KERSTENETZKY, Celia Lessa. Sobre o associativismo, desigualdades e democracia, *Revista brasileira de ciências sociais*, São Paulo, v. 18, n. 53, out. 2003. Disponibile su <http://www.scielo.br/scielo.php>. Visitato il 24 feb. 2010). Dinanzi all'apatia politica causata dal basso livello di istruzione della popolazione e dal suo distanziamento dai centri di decisione, ci si chiede: Qual è l'efficacia di un arsenale di azioni e di strumenti di partecipazione formale?

<sup>41</sup> È evidente la necessità di politiche tributarie di sviluppo e di inclusione sociale come soluzione al modello repubblicano brasiliano, per il quale raccomandiamo la lettura dell'articolo "Políticas tributárias de desenvolvimento e de inclusão social: fundamentação e diretrizes, no Brasil, frente ao modelo republicano", di Hugo Thamir Rodrigues, pubblicato da REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (orgs). *Direitos sociais e políticas públicas. Desafios contemporâneos*. T. 7, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007, p. 1903.

brasiliana vive al di sotto della linea della povertà e che di questi, il 14% vivono al di sotto della linea della miseria.<sup>42</sup> Dati dell'Organizzazione delle Nazioni Unite collocano il Brasile nella penultima posizione mondiale per quanto riguarda la distribuzione delle ricchezze.

Gli indici di disparità del reddito, come si è visto, non si sono purtroppo alterati, perlomeno non in modo sostanziale, dopo la redazione della Costituzione del 1988 e di successivi programmi di accelerazione della crescita o simili.

Inserito nell'economia mondiale come uno dei dieci grandi produttori di ricchezze, il Brasile continua a convivere con indici mediocri in settori come l'istruzione, l'abitazione e la sanità.

Tra le innumerevoli falle del sistema brasiliano del *Welfare State* si evidenziano l'inefficienza dei programmi sociali; il trasferimento dei servizi pubblici nelle mani dell'iniziativa privata, mediante onerosi contratti di concessione e permessi, senza controlli adeguati per quanto riguarda le prestazioni di tali servizi; il distanziamento tra i creatori delle politiche pubbliche, gli esecutori e i beneficiari; l'assenza di valutazione dei programmi e delle mete di governo; l'instabilità e la discontinuità delle politiche pubbliche; l'eccessivo peso degli interessi burocratici, corporativi e privati nel funzionamento della macchina dello Stato e, per concludere, la corruzione, che impone pesanti perdite delle entrate pubbliche, tra le altre cause.

Insomma, la storia del Brasile, segnata da lunghi periodi di autoritarismo, ma anche il suo attuale contesto politico di miseria e di disparità, sono fattori che spiegano l'apatia politica, incompatibile con la formazione della cittadinanza. La nozione di cittadinanza è oggi associata a una dimensione spiccatamente attiva di partecipazione, ben diverso da quanto implicato dalla dottrina degli *status* di Jellinek.

Non è possibile pretendere la realizzazione dei diritti fondamentali senza una nuova concezione di cittadinanza che non implichi solo il "votare ed essere votato". L'esercizio della cittadinanza richiede un rinnovamento del soggetto, quando questi inizia a percepirsi come responsabile del processo del cambiamento sociale.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> IPEA: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponibile su [www.ipea.gov.br](http://www.ipea.gov.br). Visitato il 24 feb. 2010.

<sup>43</sup> COSTA, Marli M. da. O discurso no espaço local para a concretização da cidadania de crianças e jovens frente à exclusão social. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (orgs). **Direitos**

### 1.1.2 L'esperienza italiana: dallo Statuto Albertino alla Costituzione

L'analisi dell'esperienza costituzionale italiana ha come primo punto di riferimento lo Statuto Albertino.

Il Re Carlo Alberto, nel Regno di Sardegna, ispirato al modello dello Stato liberale e del governo costituzionale, così come previsti dalla Costituzione francese del 1830 e da quella belga del 1831, emanò un proclama in cui venivano enunciati i principi fondamentali di un nuovo sistema di governo rappresentativo. Fu promulgato il 4 marzo 1848 e denominato "Statuto" per evidenziarne l'origine concessa.<sup>44</sup>

Fortemente sbilanciato a favore del Re, il testo dello Statuto prevedeva, però, una forma di governo di tipo fondamentalmente dualista: Corona e Parlamento. Si trattava di una Carta costituzionale concessa unilateralmente dal Re, che fino ad allora aveva governato in veste di Sovrano assoluto, senza che la stessa fosse stata sottoposta ad alcuna verifica democratica.<sup>45</sup>

Lo Statuto era modificabile con un semplice procedimento legislativo ordinario. Conteneva disposizioni molto generiche che lasciavano adito a molteplici interpretazioni.<sup>46</sup>

La natura elastica delle sue disposizioni lasciava ampi spazi di intervento al legislatore, il quale, utilizzando gli amplissimi margini di discrezionalità che lo stesso Statuto gli consentiva, poteva legittimamente discostarsi dai principi in esso contenuti, che pure rimanevano formalmente inalterati.<sup>47</sup>

Altro dato rilevante che si ricava dallo Statuto consiste nel fatto che in esso vi è una parte, intitolata *Dei diritti e dei doveri dei cittadini* (articoli 24-32), appositamente dedicata ai diritti di libertà. L'importanza di questo dato è ovvia, perché l'idea di fondo sottesa a questa parte è quella per cui i diritti dei cittadini debbono trovare la loro codificazione, quantomeno negli aspetti essenziali, in un

---

**Sociais e políticas Públicas. Desafios Contemporâneos.** T. 7, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007, p. 1883.

<sup>44</sup> **Compendio di Diritto Costituzionale.** XII ed. Napoli: Simone, 2008, p. 87.

<sup>45</sup> Secondo le parole di Caretti, "Da un punto di vista sostanziale, lo Statuto era una Costituzione che esprimeva un patto tra la Monarchia ed i gruppi dirigenti liberali rappresentativi della emergente borghesia: mentre la Corona, con l'emanazione dello Statuto, aveva perduto il potere di revoca unilaterale (sia per la natura pattizia dello Statuto, sia perché essa aveva perduto ogni autonoma potestà legislativa), non altrettanto poteva dirsi per la borghesia, i cui esponenti dominavano la rappresentanza parlamentare." (CARETTI, Paolo. **I diritti fondamentali.** 2. ed. Torino: Giappichelli, 2005, p. 18).

<sup>46</sup> **Compendio di Diritto Costituzionale.** XII ed. Napoli: Simone, 2008, p. 88.

<sup>47</sup> CARETTI, Paolo. **I diritti fondamentali.** 2. ed. Torino: Giappichelli, 2005, p. 18-19.

testo costituzionale, rappresentando una rottura di grande rilievo rispetto alla forma di Stato precedente.

Anche ad una lettura superficiale, si rinvengono negli articoli 24-32 dello Statuto tutte le caratteristiche di fondo della concezione liberale dello Stato. L'affermazione del principio di uguaglianza è quella meramente formale, a cui corrisponde un ruolo negativo del legislatore, nel senso che non deve agire in senso discriminatorio.<sup>48</sup>

Lo Statuto non conteneva, invece, alcun riferimento alla tutela di un principio di uguaglianza in senso sostanziale. Così, non stupisce che nei commenti alle norme statutarie si affermi che il principio di uguaglianza

non mira a togliere le differenze dipendenti dal diverso stato sociale od economico in cui si trovano o a cui pervengono i singoli pel legittimo uso delle loro attività; e invero gli stessi Statuti che proclamano il principio di uguaglianza, riconoscono poi la diversità delle fortune quando dichiarano che ciascuno deve contribuire ai carichi pubblici in proporzione dei suoi mezzi economici.<sup>49</sup>

Lo Statuto era costituito da un preambolo e da ottantaquattro articoli; fu pubblicato in lingua italiana e francese ed è rimasto in vigore per circa un secolo.

Con le elezioni del 1919 entrarono sulla scena politica italiana i grandi partiti di massa (popolare e socialista) .

La debolezza istituzionale del sistema parlamentare permise il colpo di stato dell'ottobre 1922. Il Re designò Primo Ministro Benito Mussolini, capo delle squadre fasciste, che solo formalmente condivideva i poteri con la Corona. Il Parlamento perse gradualmente il suo carattere rappresentativo e il regime parlamentare se trasformò in dittatura.

L'unico partito politico riconosciuto dal sistema era quello "nazionale fascista" e l'appartenenza ad esso era un requisito per l'ammissione ai pubblici impieghi.

Le libertà civili, fino ad allora già poco rispettate, furono definitivamente soppresse.

La caduta del fascismo avvenne solo il 25 luglio 1943.

---

<sup>48</sup> Art. 24: "Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici e sono ammissibili alle cariche civili e militari, salve le eccezioni determinate dalle leggi."

<sup>49</sup> CARETTI, Paolo. *I diritti fondamentali*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2005, p. 24-25.

Il 16 ottobre del 1943, *l'esarchia*<sup>50</sup> chiese una consultazione popolare per scegliere la forma di Stato che avrebbe dovuto assumere l'Italia dopo il fascismo. Il 2 giugno 1946, a guerra conclusa, all'elezione dei deputati dell'Assemblea Costituente, chiamati a redigere la nuova Costituzione, gli italiani in referendum scelsero la Repubblica.

La Costituzione entrò in vigore il 1° gennaio 1948. Si tratta di una Carta costituzionale lunga, perchè disciplina dettagliatamente il funzionamento dei singoli organi costituzionali e garantisce una tutela ampia ed esplicita dei diritti dei cittadini; rigida, cioè, modificabile solo da leggi costituzionali, approvate con un procedimento legislativo che coinvolge maggioranze più ampie e consensi di aree politiche più vaste; programmatica, nel senso che non si limita a sancire regole specifiche per l'azione dei pubblici poteri o per la disciplina dei rapporti fra questi e i cittadini, ma stabilisce gli obiettivi e i programmi al cui conseguimento deve tendere l'attività della Repubblica.

È composta da 139 articoli, alcuni dei quali abrogati dalla Legge costituzionale 3/2001, cui si aggiungono diciotto disposizioni transitorie e finali. I primi dodici articoli del testo costituzionale sono dedicati ai principi fondamentali della Repubblica.<sup>51</sup> Secondo l'articolo 2,

La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Se l'ultima parte dell'articolo 2 Costituzione affianca ai diritti inviolabili i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale a cui occorre di necessità adempiere, il comma 2 dell'articolo 3 Costituzione esprime con assoluta chiarezza il superamento dello Stato liberale a favore dello Stato sociale, prescrivendo che

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Si tratta del principio dell'uguaglianza sostanziale, in termini diversi dall'articolo 24 dello Statuto Albertino, che si aggiunge al principio dell'uguaglianza

---

<sup>50</sup> Cioè i sei partiti rappresentati nei Comitati di liberazione nazionale: Democrazia cristiana, Partito comunista, Partito socialista, Partito d'azione, Democrazia del lavoro e Partito liberale. In **Compendio di Diritto Costituzionale**. XII ed. Napoli: Simone, 2008, p. 88.

<sup>51</sup> **Compendio di Diritto Costituzionale**. XII ed. Napoli: Simone, 2008, p. 87-93.

formale sancito dall' articolo 3: "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali."

Il principio dell'uguaglianza sostanziale ha la natura di norma programmatica.<sup>52</sup>

Gli altri articoli della Costituzione sono divisi in due parti. La prima parte riguarda i diritti e i doveri del cittadino, nell'ambito dei rapporti civili (articoli 13-28), dei rapporti etico-sociali (articoli 29-34), dei rapporti economici (articoli 35-47) e dei rapporti politici (articoli 48-54). La seconda parte (articoli 55-139) è dedicata all'ordinamento della Repubblica.<sup>53</sup>

A 60 anni dall'entrata in vigore della Costituzione, è importante sottolineare come il testo costituzionale è rimasto quasi immutato nelle sue caratteristiche essenziali. Lo schema tracciato dal Costituente del 1947 è stato modificato soltanto in aspetti particolari.

Però, la parte I della Costituzione, corrispondente ai diritti e doveri dei cittadini, ha richiesto, negli anni successivi all'approvazione della Costituzione, un notevole sforzo di adeguamento dell'ordinamento ai nuovi principi costituzionali. In tale operazione si è distinta soprattutto la Corte costituzionale che, con le sue pronunce, ha più volte imposto l'approvazione di nuove leggi in sintonia con il dettato costituzionale.

In questo senso è stato esteso l'esercizio del diritto di voto ai cittadini residenti all'estero; la Legge costituzionale n. 1, del 30-5-2003, ha rafforzato l'intento di garantire l'attuazione concreta della parità di accesso alle cariche elettive tra uomo e donna previsto dall'articolo 51; infine, vi è stata l'eliminazione dall'articolo 27 di ogni riferimento alla pena di morte.

---

<sup>52</sup> José Afonso da Silva insegna che norme programmatiche sono quelle che trattano la materia eminentemente etico-sociale, costituendo veri programmi di azione sociale. (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 84).

<sup>53</sup> La Costituzione italiana del 1948, come Carta costituzionale rigida e lunga, si pone in tale direttrice, fornendo disciplina non soltanto all'organizzazione fondamentale dello Stato, ma pure ai rapporti economico-sociali, e collocando la disciplina costituzionale dei rapporti economici, la Costituzione economica, su un altro piano rispetto ai principi fondamentali della Costituzione ed alle libertà civili e politiche, oltre che rispetto agli stessi diritti sociali, intesi come diritti inviolabili." (BIANCO, Giovanni. **Costituzione ed economia**. Torino: Giappichelli Editore, 1999, p. 7-8).



La Costituzione repubblicana ha accolto la concezione regionalista. L'articolo 114 dice che "La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato."<sup>54</sup>

Come le costituzioni della Germania e della Spagna, quella italiana intendeva organizzare,

in evidente rottura col passato, un processo di trasferimento di poteri e funzioni dal 'centro' in favore delle regioni (o come si chiamino i rispettivi enti di analoga dimensione), che delle autonomie locali. In sostanza si trattava di smantellare lo stato fortemente 'accentrato' costruito dai regimi autoritari fascista, nazista e franchista [...]: tali costituzioni innescavano dunque una dinamica istituzionale 'centrifuga', consistente in più o meno ampi trasferimenti di funzioni già 'accenate' verso la 'periferia', che costituisce l'opposto della dinamica istituzionale 'centripeta' tipica dei federalismi storici, come quello statunitense o quello svizzero.<sup>55</sup>

Evidentemente, questo processo di trasferimenti di poteri e funzioni ha sofferto una forte resistenza non solo degli apparati centrali ma anche "una latente conflittualità tra regioni ed enti locali in ordine alla 'spartizione' delle funzioni decentrate e con un'evidente tentazione 'centralistica' di ciascuna regione".<sup>56</sup>

Su questo tema è stata operata una riforma sostanziale della Costituzione con la Legge costituzionale 3/2001, che ha ridisegnato il titolo V, parte seconda, sull'assetto di Regioni, Province e Comuni. Tale riforma è stata successivamente completata dalla Legge 5 giugno 2003 n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione, comunemente legge "La Loggia".

Attraverso la legge costituzionale 3/2001, la condizione degli enti locali è cambiata profondamente. Prima di questa riforma, la loro autonomia risultava sostanzialmente "decostituzionalizzata", visto che le regole e gli strumenti della stessa erano demandati alle scelte del legislatore, in particolare di quello statale. Con la riforma costituzionale del 2001, invece, l'autonomia di Comuni, Province e Città metropolitane ha ottenuto la più ampia garanzia costituzionale, a partire dall' articolo 114, che pone questi enti sullo stesso piano della Regione e dello Stato.

---

<sup>54</sup> Lo Stato italiano è definito *tout court* come regionale; si tratta di "una forma di stato, unitario ad alto grado di decentramento, che va tenuta distinta da quella 'federale', anche se la distinzione si giustifica essenzialmente in termini quantitativi, come a suo tempo sostenuto da Kelsen." CARETTI, Paolo. **Diritto regionale**. Padova: CEDAM, 2006, p. 13-14).

<sup>55</sup> CARROZZA, Paolo. Per un diritto costituzionale delle autonomie locali. **Rivista di Diritto Costituzionale**. Torino: Giappichelli, 1996, p. 222.

<sup>56</sup> CARROZZA, Paolo. Per un diritto costituzionale delle autonomie locali. **Rivista di Diritto Costituzionale**. Torino: Giappichelli, 1996, p. 222-223.

L'innovazione più importante operata dalla riforma del 2001 consistette nel concepire l'amministrazione pubblica come tendenzialmente un'amministrazione locale. Coerentemente con questa disposizione costituzionale, l'articolo 118 stabilisce che le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni e che i Comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni proprie, oltre a quelle loro conferite con legge statale o regionale. Lo Stato, però, conserva, secondo l'articolo 117, comma 2, lettera "p", la potestà legislativa esclusiva per quanto riguarda legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane.<sup>57</sup>

Con l'avvento del nuovo Titolo V le novità introdotte in tema di autonomie locali, direttamente nel testo costituzionale, risulta evidente che la Costituzione italiana diviene la prima, almeno in Europa, a prospettare una sorta di equiordinazione tra gli elementi costitutivi dello Stato.

Infatti, in nessun altro ordinamento europeo

il ruolo istituzionale ed il peso politico degli enti locali assumono l'importanza che, costituzionalmente e nella realtà, essi hanno nel nostro nuovo modello di decentramento. Un sistema siffatto viene normalmente oggi generalmente definito 'multilivello' per segnalare la circostanza che le funzioni tipiche del potere, della 'sovranità', originariamente concentrate in un'unica entità, lo stato di derivazione liberale, sono state ripartite e diffuse tra più 'livelli' (meglio sarebbe dire 'ordinamenti'), comunitario, statale, regionale, da noi provinciale e comunale (le città metropolitane essendo, al momento, del tutto fantomatiche); fra i quali 'livelli' o 'ordinamenti' non esiste una relazione di 'gerarchia' bensì di competenza, fondata su enumerazioni materiali di competenze e di funzioni.<sup>58</sup>

Come abbiamo visto, l'ordinamento italiano ha ben cinque livelli di governo (comunitario, statale, regionale, provinciale e comunale). Però, quello che conta non sono tanto le modalità con cui si individuano le funzioni proprie di ciascun livello-ordinamento, quanto piuttosto le tecniche mediante le quali si assicura che i livelli di governi individuati siano posti in grado di relazionarsi in modo cooperativo, tra loro: il tema, insomma, dei raccordi collaborativi tra ordinamenti.

La vera grande novità del nuovo Titolo V consiste, infatti, nel nuovo rapporto tra regioni e loro enti locali: non più competitori nei confronti di uno stato avaro di trasferimenti di competenze e di risorse, bensì *partners* di una collaborazione, anzi,

<sup>57</sup> BIN, Roberto; Pitruzzella, Giovanni. **Diritto costituzionale**. 9. ed. Torino: Giappichelli, 2008, p. 264.

<sup>58</sup> CARROZZA, Paolo. Per un diritto costituzionale delle autonomie locali. **Rivista di Diritto Costituzionale**. Torino: Giappichelli, 1996, p. 226-227.

di un processo di integrazione istituzionale e politica da cui dovrebbe scaturire il nuovo sistema regionale.<sup>59</sup>

## **1.2 La crisi dello stato sociale e del garantismo. La revisione del ruolo dello Stato**

L'evoluzione della disciplina delle libertà ha accompagnato i cambiamenti delle forme di Stato.

Con il tramonto del liberalismo e l'avvento dello Stato sociale, in seguito al crollo dei regimi autoritari che hanno dominato l'Europa tra le due guerre mondiali, le tecniche di garanzia dei diritti di libertà sono state reinterpretate. Nelle Costituzioni del secondo dopoguerra, i diritti di libertà hanno trovato un'articolata disciplina direttamente nel testo costituzionale. In realtà, "la disciplina dei diritti di libertà costituisce uno degli aspetti caratterizzanti la forma di Stato. È in essa, infatti, che si riassumono, in forma giuridica, gli aspetti essenziali dei reciproci rapporti tra Stato e società civile".<sup>60</sup>

La scelta a favore di una Costituzione rigida e fortemente garantista si riflette nella previsione di un elenco di diritti fondamentali assai più ampio che nelle antiche Costituzioni liberali. Basta una rapida lettura degli articoli dal 5 al 7, della Costituzione della Repubblica Federativa del Brasile per arrivare a questa conclusione.

Sul piano dell'arricchimento del sistema di tutela dei diritti di libertà, va sottolineato l'ingresso, accanto alle tradizionali libertà individuali, delle cosiddette libertà collettive, cioè di quelle libertà la cui titolarità spetta sì al singolo, ma che acquistano significato solo attraverso l'esercizio che di esse facciano più soggetti, come sono i cosiddetti diritti sociali: il diritto alla salute, diritto allo studio e così via. Questi diritti richiedono un atteggiamento positivo da parte dei pubblici poteri, in vista della realizzazione del principio dell'uguaglianza sostanziale. Si tratta di una dimensione nuova, del tutto sconosciuta alla tradizione del costituzionalismo ottocentesco. Questa dimensione

---

<sup>59</sup> CARROZZA, Paolo. Per un diritto costituzionale delle autonomie locali. *Rivista di Diritto Costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1996, p. 233 e 245.

non rinnega l'impostazione individualistica dei diritti di libertà, ma attribuisce loro un'ulteriore valenza, reinterpretandoli in un'ottica non più esclusivamente garantista, di tutela di uno spazio intangibile da parte dei pubblici poteri o dei privati (la c.d. libertà negativa o libertà dallo Stato), ma anche positiva, di tutela di un'effettiva partecipazione di tutti dalla vita politica e sociale (la c.d. libertà positiva o libertà nello Stato). Una dimensione, dunque, che, in questi termini, si salda perfettamente con l'elemento caratterizzante della forma di Stato sociale e che consiste proprio nell'assunzione di questo compito (assicurare l'effettiva partecipazione di tutti i cittadini) da parte dei pubblici poteri.<sup>61</sup>

Lo Stato diventa un'entità dinamica, immersa nella dialettica sociale, politica, istituzionale ed economica. Il ruolo dello Stato si riassume, così, in primo luogo, in una funzione strumentale di garanzia, di pieno sviluppo dei valori personalistici e comunitari dei cittadini. Non a caso, l'articolo 2 afferma che "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità", facendo quindi riferimento a tutti gli uomini, individuati come portatori di valori individuali e sociali preesistenti alla stessa organizzazione statale, ma che trovano in un dato di diritto positivo - la Costituzione -, la loro traduzione in posizioni soggettive giuridicamente tutelabili.<sup>62</sup>

Ciò che emerge da questo quadro è un concetto di Costituzione che punta a recuperare alcuni degli elementi che avevano caratterizzato le due grandi esperienze costituzionali americana e francese: una Costituzione-garanzia, fonte dei diritti fondamentali e che assegna allo Stato innanzitutto il ruolo di tutelarli, ma anche una Costituzione-programma, intesa come tavola di valori volti a tracciare le linee direttive della successiva azione, in positivo, dei pubblici poteri. Una Costituzione, insomma,

che affida l'effettiva realizzazione di queste sue due anime ad un articolato sistema di ripartizione delle funzioni pubbliche, sottoponendone l'esercizio ad una rete di controlli e di garanzie, che ha nella giustizia costituzionale il suo punto più alto di chiusura.<sup>63</sup>

Questo comporta che lo Stato si ritenga abilitato a correggere ed orientare il sistema economico. Si tratta di un intervento dello Stato nell'economia come agente normativo e regolatore.

---

<sup>60</sup> CARETTI, Paolo. *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2005, p. 89.

<sup>61</sup> CARETTI, Paolo. *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2005, p. 91.

<sup>62</sup> CARETTI, Paolo. *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2005, p. 87-88.

Il ruolo economico dello Stato in ogni società traduce l'ideologia adottata dalla Costituzione. In generale, è possibile distinguere

tre modelli di Stato nel suo rapporto con il mercato: tendenzialmente di mercato, tendenzialmente dirigista o statalista e tendenzialmente collettivista. Nel primo caso l'economia pubblica è sussidiaria a quella di mercato. Nel secondo caso convivono economia pubblica ed economia di mercato, in presenza tuttavia di forti interventi pubblici sul mercato. Nel terzo caso il ruolo del mercato è residuale.<sup>64</sup>

Nella temperie culturale dello Stato sociale, la Costituzione economica è stata intesa come

un modello progettuale che pone fini da perseguire a tutti i pubblici poteri ed ai consociati, ai governati; un criterio normativo per l'economia del benessere che coesiste con gli aspetti analitici del sistema economico, le scelte legislative e gli interventi settoriali di politica economica.<sup>65</sup>

Si cerca un ragionevole equilibrio di interessi.

In Brasile, risulta chiara per il contenuto dell'articolo 170 della Costituzione federale, la scelta del modello capitalista di produzione, conosciuto anche come economia di mercato, il cui perno è la libera iniziativa. Tuttavia, l'analisi sistematica dei principi di ordine economica previsti al *caput* dell'articolo 170 rivela che il legislatore costituente scelse postulati chiaramente sociali per configurarla. Si veda: "Art. 170. L'ordine economico, fondato sulla valorizzazione del lavoro umano e sulla libera iniziativa, ha come scopo assicurare a tutti un'esistenza degna, secondo i dettami della giustizia sociale." Questo articolo dimostra che la Costituzione è eclettica e dirigente perché, allo stesso tempo in cui consacra l'economia di mercato capitalista, si preoccupa con la diffusione dei valori sociali.<sup>66</sup> La giustizia sociale, menzionata nel dispositivo, ha come scopo il superamento, a livello personale, delle distorsioni nella ripetizione del prodotto economico. Non si tratta di mera imposizione etica, ma di un'esigenza di qualsiasi politica economico-capitalista. La giustizia sociale è un principio strutturale non solo dell'economia, ma anche dell'ordine

<sup>63</sup> CARETTI, Paolo. *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2005, p. 92.

<sup>64</sup> REVIGLIO, Edoardo. Scelte Pubbliche e Nuovi Indirizzi di Economia del Benessere. A proposito del Manuale di scienza delle finanze di Francesco Forte. *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, n. 2, Milano, anno LXVII, giu. 2008, p. 231.

<sup>65</sup> BIANCO, Giovanni. *Costituzione ed economia*. Torino: Giappichelli, 1999, p. 9.

<sup>66</sup> CAPEZ, Fernando; CHIMENTI, Ricardo Cunha; ROSA, Márcio F. Elias; SANTOS, Marisa F. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 490.

politico.<sup>67</sup> È la conseguenza immediata del superamento delle basi oligarchiche sulle quali si reggeva la prima incarnazione dello Stato moderno di diritto e costituisce il principale arricchimento rispetto ai principi enunciati nell'articolo 16 della Dichiarazione francese del 1789.<sup>68</sup>

Nella prospettiva della Costituzione italiana, l'efficienza economica non è uno scopo, ma un mezzo. Neanche il lavoro è visto come un semplice fattore produttivo di ottenimento di un reddito capace di garantire benessere o almeno sopravvivenza, ma vi legge come un fattore indispensabile di crescita morale e di realizzazione personale. Di conseguenza, le nuove forme di lavoro devono consentire lo sviluppo economico e la mobilità sociale. Quello che conta è la qualità del lavoro, non solo per i suoi contenuti, ma anche per le sue modalità organizzative. In questo senso,

lavori eccessivamente aleatori, precari o che generino isolamento, ostacolando la formazione di una comunità di lavoratori entro la quale si possa modellare la propria identità, corrispondono solo parzialmente all'esigenza costituzionale di elevare il lavoro a fattore generatore di unità e coesione sociale.<sup>69</sup>

Il principio della dignità della persona umana vincola, allo stesso modo, l'esercizio dell'attività economica. Anche perché si trovano costituzionalmente impegnati nella sua realizzazione sia il settore pubblico, sia il settore privato. La dignità della persona umana sarà pienamente assicurata solo se e mentre sarà fattibile l'accesso di tutti, non solo alle libertà formali, ma, soprattutto, alle libertà reali.<sup>70</sup>

L'ordinamento giuridico dell'economia costituisce una preoccupazione recente<sup>71</sup>, dovuta alla comparsa di grandi agglomerati e all'uso abusivo del potere economico.

---

<sup>67</sup> NUNES, Gustavo Vanini; RAUCH, Hugo; CAMARGO, Nilo Marcelo de Almeida; SILVA, Tiago Desimon Testa da. A ordem econômica na constituição de 1988. In: MOLL, Luiza Helena. **Agências de Regulação do Mercado**. Porto Alegre: UFRGS, 2002, p. 32.

<sup>68</sup> RUOTOLO, Marco. A mo' di introduzione. In: RUOTOLO, Marco (org.). **La costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo**. Q. 1. Napoli: Editoriale Scientifica, 2008, p. 5.

<sup>69</sup> LUCIANI, Massimo. La produzione della ricchezza nazionale. In: RUOTOLO, Marco (org.). **La costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo**. Q. 1. Napoli: Editoriale Scientifica, 2008, p. 255.

<sup>70</sup> NUNES, Gustavo Vanini; RAUCH, Hugo; CAMARGO, Nilo Marcelo de Almeida; SILVA, Tiago Desimon Testa da. A ordem econômica na constituição de 1988. In: MOLL, Luiza Helena. **Agências de Regulação do Mercado**. Porto Alegre: UFRGS, 2002, p. 27.

<sup>71</sup> Soprattutto a partire dalle Costituzioni Messicana del 1917, e tedesca del 1919 (Weimar). Questa servì da modello per innumerevoli altre Costituzioni del primo dopo guerra, nonostante fosse tecnicamente consacratrice di una democrazia liberale, permise il consolidamento dello Stato sociale di diritto, con l'introduzione nei suoi testi dei diritti sociali (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 808).

Nonostante si richieda sempre di più la presenza dello Stato nell'organizzazione dell'economia, la sua azione come prestatore diretto di servizi pubblici è messa in discussione da parecchio tempo, in virtù del significativo aumento della spesa pubblica alle richieste sociali.

In Brasile i primi sintomi dell'ipertrofia statale si fecero sentire già negli anni '70, sottoforma di deficit pubblico e di difficoltà della manutenzione dello Stato, situazioni che si aggravarono con la crisi del petrolio.<sup>72</sup>

Gli anni '80 furono critici in tutta l'America Latina, al punto che alcuni analisti economici si riferivano a essa come il "decennio perduto". Segnati dall'instabilità politica, per la fine dei governi dittatoriali, per crisi economiche, per l'inefficienza e l'alto costo della macchina pubblica, accompagnati da servizi pubblici precari. I servizi pubblici, possiamo dire, non sono mai stati forniti in modo soddisfacente.

Alla fine del XX secolo, il modello di *Welfare State* entrò in crisi. L'elevato numero di incarichi dello Stato, sommato al problema dell'insufficienza delle pubbliche entrate, indebolirono l'idea di Costituzione come documento dotato di forza normativa, con la revisione del modello di Stato Sociale.

Fu necessario ridefinire la missione dello Stato, non solo in Brasile, ma in tutto il mondo. Attualmente,

in tutti i paesi europei è all'ordine del giorno il problema della ridefinizione del ruolo dello Stato nella sfera sociale o, secondo una certa impostazione di politica economica, del ridimensionamento dello stato sociale o del *welfare state*.<sup>73</sup>

I governi conservatori di Ronald Reagan e Margareth Thatcher, negli Stati Uniti e nel Regno Unito, diedero inizio a profonde trasformazioni, identificate con la fine del *Welfare State*.<sup>74</sup>

Ebbe inizio la deregolamentazione del mercato del lavoro pubblico e privato e del mercato finanziario, con privatizzazioni, apertura commerciale e la garanzia del

<sup>72</sup> BRUNETTO, Thiago Cechini. Reforma do Estado, Estado regulador. In: MOLL, Luiza Helena. **Agências de Regulação do Mercado**. Porto Alegre: UFRGS, 2002, p. 70-73.

<sup>73</sup> ARTONI, Roberto. **Elementi di scienza delle finanze**. 4. ed. Bologna: Mulino, 2005, p. 193.

<sup>74</sup> Negli anni '80, Luiz Carlos Bresser Pereira scrisse: "L'eccesso di regolamentazione, che ritarda invece di stimolare e orientare l'attività economica, e enormi deficit pubblici al posto dell'ottenimento del risparmio forzato, sono i due sintomi principali per indicare l'eccesso dell'espansione dello Stato. È il momento di invertire il ciclo, di contrarre lo Stato ed espandere il controllo del mercato, è tempo di deregolamentare e di privatizzare." (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **O caráter cíclico da intervenção estatal**. Paper presentato al seminario "Democratizing Economics", patrocinato dall'Istituto di Studi Avanzati dell'Università di San Paolo e dal Woodrow Wilson International Center e realizzato a San Paolo, dal 26 al 28 luglio 1988, rimanendo a disposizione su internet, al sito <http://www.rep.org.br/pdf/35-7.pdf>, visitato il 24 feb. 2010).

diritto di proprietà. Si alterò completamente l'ottica, visto che da un modello diretto alla crescita, all'equità e al pieno impiego, si passò a un altro imperniato sull'equilibrio macroeconomico, sull'efficienza<sup>75</sup> e sulla concorrenza.

Lo Stato si ridusse, trasferendo ai privati attività che prima svolgeva a carattere esclusivo. La riforma dello Stato portò, di conseguenza, alla riforma della Pubblica Amministrazione, ambedue contagiate dalla riduzione di grandezza, dalla rottura di monopoli, dalla delega di servizi pubblici all'iniziativa privata e dall'incentivo alla terziarizzazione.<sup>76</sup>

La riforma dello Stato deve essere intesa all'interno del contesto della

ridefinizione del ruolo dello Stato, che cessa di essere il responsabile diretto per lo sviluppo economico e sociale attraverso la via della produzione di beni e servizi, per rafforzarsi nella funzione di promotore e regolatore di questo sviluppo.<sup>77</sup>

Si rafforzò l'idea di uno Stato sussidiario regolatore. Tale idea di sussidiarietà vuol significare che lo Stato deve astenersi dallo svolgimento di attività che il privato ha condizioni di esercitare mediante iniziativa e risorse proprie. Per altro, lo Stato deve stimolare, controllare e coordinare l'iniziativa privata, in modo che i privati possano ottenere esito positivo nelle loro attività.

Questo modello servì ad attenuare l'instabilità economica, ma a lunga scadenza si sta dimostrando insufficiente in termini di crescita e di creazione di posti di lavoro.

La risposta neoliberale, caratterizzata dall'ideologia dello Stato minimo, ebbe come bersaglio lo Stato sociale, debilitandolo in quello che di più centrale rappresenta: la propagazione dei diritti sociali e la protezione dei più deboli. Vi fu una diminuzione dell'azione statale persino nei settori strategici come l'istruzione, sanità, trasporti e sicurezza pubblica.

---

<sup>75</sup> La Costituzione brasiliana rese esplicita, al *caput* dell'articolo 37, che si applica all'Amministrazione Pubblica il principio dell'efficienza. Le recenti tendenze del diritto amministrativo italiano anche hanno costruito l'immagine giuridica dell'amministrazione pubblica in funzione del risultato che quest'ultima consegue. TASSONE, Antonio Romano. *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato". Diritto amministrativo. Rivista trimestrale*, fascicolo 1, Milano: Giuffrè Editrice, anno XV, 2007, p. 63.

<sup>76</sup> BRUNETTO, Thiago Cechini. *Reforma do Estado, Estado regulador*. In: MOLL, Luiza Helena. *Agências de Regulação do Mercado*. Porto Alegre: UFRGS, 2002, p. 73.

<sup>77</sup> Plano Diretor da Reforma do Estado, 1995, p. 17, *apud* BRUNETTO, Thiago Cechini. *Reforma do Estado, Estado regulador*. In: MOLL, Luiza Helena. *Agências de Regulação do Mercado*. Porto Alegre: UFRGS, 2002, p. 74.



Un'altra critica fatta al nuovo modello è che ciò implicò un processo di indebolimento del potere pubblico rispetto al potere di mercato, riducendolo a istanza controllate di amministrazione di aree e di temi preventivamente stabiliti dallo stesso mercato.

Lo Stato amministratore passò ad avere una funzione

meramente ratificatrice del progetto di crescita sociale tracciate dalle leggi di mercato, organizzando le proprie attività e competenze in modo da poter gestire i problemi causati da questo modello, intervenendo solamente nei settori che sono strategici per stimolarlo, come le politiche di formazione tecnica fornitrici di manodopera richiesta da quel modello; politiche di salute soltanto curative, sufficienti a riabilitare i lavoratori per la produzione; politiche di sviluppo e sussidi per settori che sono merceologicamente allineati, lasciando da parte le sue funzioni di gestore preventivo e di difensore delle garanzie e dei diritti fondamentali.<sup>78</sup>

Nella realtà attuale, è proprio sul versante della limitazione del potere economico che

le capacità regolative delle Costituzioni mostrano segni di evidente crisi, legate a due fenomeni interconnessi: la dissoluzione del legame fra economia e territorio e la sovrapposizione alla costituzione di regole che vengono dettate da istituzioni internazionali o sopranazionali sempre più forti e numerose.<sup>79</sup>

Per quanto riguarda la tendenza mondiale, si ritiene che la sopravvivenza dello Stato moderno è inesorabilmente legata alla costruzione di uno Stato sociale autentico.<sup>80</sup> Si pensa che la mancanza di investimenti nell'area sociale è ciò che causa, in gran parte, l'aumento della spesa pubblica.

Soprattutto nei paesi in via di sviluppo, come è il caso del Brasile, non si prescinde dall'intervento statale. Nemmeno l'Italia, nonostante si trovi in un altro

<sup>78</sup> LEAL, Rogério Gesta Leal. O controle social dos serviços públicos no Brasil como condição de sua possibilidade. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (orgs). *Direitos Sociais e políticas Públicas. Desafios Contemporâneos*. T. 7, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007, p. 1844.

<sup>79</sup> LUCIANI, Massimo. La produzione della ricchezza nazionale. In: RUOTOLO, Marco (org.). *La costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*. Q. 1. Napoli: Editoriale Scientifica, 2008, p. 10.

<sup>80</sup> Nell'interpretazione di Elías Díaz, "Lo característico del Estado social de Derecho es, sin duda alguna, el propósito de compatibilizar en un mismo sistema dos elementos: uno, el capitalismo como forma de producción, y outro, la consecución de un bienestar social general. La creencia en la posibilidad de semejante compatibilidad constituye precisamente el elemento psicológico, y al mismo tempo ideológico, que sirve de base al neocapitalismo típico del *Welfare State*. Neocapitalismo orientado hacia el bienestar, o bienestar logrado en el neocapitalismo, constituye, en efecto, el componente real de los sistemas actuales que, como Alemania, Estados Unidos, Francia, Inglaterra, Italia, etc., pueden ser encuadrados con diversidad de matices en la fórmula del Estado social de Derecho." (DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus ediciones, 1988, p. 92).

livello di sviluppo, presenta differenze di classe e profonde disparità territoriali. Là si verifica

un profondo dualismo tra regioni del Nord e regioni del Sud: le prime caratterizzate da un più alto grado di sviluppo economico e da bassi tassi di disoccupazione, le seconde caratterizzate ancora da elementi di arretratezza economica quali, ad esempio, un elevato tasso di occupazione agricola, un basso grado di industrializzazione (e una precoce deindustrializzazione) e una modesta presenza femminile nel mercato del lavoro, situazione frutto di una eredità storica.<sup>81</sup>

Lo Stato sociale, vista la propria natura, richiede la presenza costante del potere pubblico nelle sfere sociali, dove crebbe la dipendenza dell'individuo per l'impossibilità nel quale si trova, per fattore estranei alla propria volontà, di fornire certa necessità esistenziali minime.<sup>82</sup> Non possono essere soppresse le funzioni di ridistribuzione e di assistenza, per non provocare una delegittimazione irreversibile dello Stato.<sup>83</sup>

Nel campo sociale non è corretto parlare di spesa pubblica, anche se essa esiste, ma di investimento che, a sua volta, previene altri costi, come per esempio quelli decorrenti dalla manutenzione delle carceri.<sup>84</sup>

Tutto il mondo occidentale ha sentito l'espansione della spesa pubblica negli ultimi decenni, in ragione dello sviluppo dello stato sociale, nel quale rientrano gli interventi nei settori dell'istruzione, della sanità e della sicurezza sociale. Però, questo componente non è soltanto quantitativo, ma soprattutto qualitativo. Si difende che,

quanto maggiore è l'efficienza della spesa pubblica e la sua adesione alle domande reali degli individui e quanto minore è il costo per il contribuente dei tributi e delle altre entrate pubbliche in aggiunta a ciò che serve per pagare le spese, tanto maggiori sono le rendite che l'economia pubblica dà all'economia di mercato. E, ovviamente, l'inefficienza della spesa, la sua cattiva allocazione e le cattive imposte riducono queste rendite. L'efficienza

---

<sup>81</sup> PUGLIESE, Enrico. Le prestazioni sociali. In: RUOTOLO, Marco (org.). **La costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo**. Q. 1. Napoli: Editoriale Scientifica, 2008, p. 171.

<sup>82</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 200.

<sup>83</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 65.

<sup>84</sup> Insegna Luigi Ferrajoli che "la garanzia dei diritti sociali, per quanto economicamente costosa, lo è assai meno della loro mancanza o violazione; e che quindi essa è non solo una condizione della democrazia sociale e una precondizione della democrazia politica e liberale, ma anche un fattore essenziale della crescita economica e della stessa democrazia civile". (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia**. V. II. Bari: Laterza, 2007, p. 399).

del governo consente una rilevante redistribuzione compatibile con il mercato e lo sviluppo economico. L'inefficienza ne riduce lo spazio.<sup>85</sup>

La preferenza è per

un modello cooperativo che attua una redistribuzione dei redditi capace di fornire al cittadino servizi di cui egli è soddisfatto e che, nello stesso tempo, è rispettoso della libertà individuale e dell'iniziativa economica e imprenditoriale dei singoli. Uno Stato efficiente, ancorché abbastanza ampio, può convivere, ed anzi essere elemento positivo, per il funzionamento di una moderna economia di mercato. Inoltre, se propriamente applicato, è un modello che realizza un equilibrio tra efficienza ed equità.<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> REVIGLIO, Edoardo. Scelte Pubbliche e Nuovi Indirizzi di Economia del Benessere. A proposito del Manuale di scienza delle finanze di Francesco Forte. *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, n. 2, Milano, anno LXVII, giu. 2008, p. 233.

<sup>86</sup> REVIGLIO, Edoardo. Scelte Pubbliche e Nuovi Indirizzi di Economia del Benessere. A proposito del Manuale di scienza delle finanze di Francesco Forte. *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, n. 2, Milano, anno LXVII, giu. 2008, p. 239.

## CAPITOLO 2 - DEI DIRITTI FONDAMENTALI

**2.1** Della distinzione tra diritti fondamentali e diritti umani. I diritti fondamentali come norme oggettive e come diritti soggettivi. **2.1.1** I diritti fondamentali secondo la prospettiva soggettiva. **2.2** I diritti fondamentali come diritti di difesa e come diritti a prestazioni. **2.2.1** Dei diritti fondamentali come diritti a prestazioni. **2.3** Analisi critica della distinzione tra diritti fondamentali positivi e negativi. Influenza della teoria di Cass Sunstein e Stephen Holmes. **2.4** Il principio della dignità della persona umana e la diffusione dei diritti fondamentali.

### **2.1 Della distinzione tra diritti fondamentali e diritti umani. I diritti fondamentali come norme oggettive e come diritti soggettivi**

Per influenza della Legge Fondamentale Tedesca e della Costituzione portoghese del 1976, il costituente brasiliano, rompendo una tradizione del diritto positivo, consacrò l'espressione *diritti fondamentali* per comprendere sia i diritti e i doveri individuali e collettivi, sia i diritti sociali, la nazionalità, i diritti politici e la disciplina dei partiti di questa natura.<sup>87</sup>

Si considerano fondamentali i diritti riconosciuti dal Diritto Costituzionale interno di ogni Stato<sup>88</sup>. In esso si distinguono dai *diritti umani*, resi positivi solo nella sfera del Diritto Internazionale.

Per quanto riguarda questo elemento di distinzione, esiste tra le due categorie – diritti fondamentali e diritti umani – un intimo rapporto che deriva dal suo contenuto. Si intravede un processo così intenso di avvicinamento tra le specie, che si parla già anche di “diritti umani fondamentali” e di un diritto costituzionale internazionale.<sup>89</sup> Per alcuni studiosi, si tratta realmente di espressioni sinonime.

Oltre alla loro nota funzione limitatrice del potere, i diritti fondamentali funzionano anche come un criterio di legittimazione dell'ordine costituzionale, integrando un sistema assiologico che è base di tutto l'ordinamento giuridico. Per

<sup>87</sup> Il Titolo II della Costituzione Federale del 1988, relativo ai diritti e alle garanzie fondamentali, fu strutturato in cinque capitoli: Capitolo I – Dei diritti e doveri individuali e collettivi (articolo 5); Capitolo II – Dei diritti sociali (articoli da 6 a 11); Capitolo III – Della nazionalità (articoli 12 e 13); Capitolo IV – Dei diritti politici (articoli da 14 a 16); Capitolo V – Dei partiti politici (articolo 17).

<sup>88</sup> Secondo Luigi Ferrajoli, i diritti non sono mai costituenti, ma sempre costituiti; in altre parole, tutti i diritti, inclusi i fondamentali, “sono ‘posti’ o prodotti da atti precettivi e perciò soggetti al principio di legalità”, ragion per cui non si può parlare di diritti “naturali” o non positivi. (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto*. V. I. Bari: Laterza, 2007, p. 643).

questa ragione la maggioranza degli autori allude a una doppia prospettiva dei diritti fondamentali, la prima *soggettiva* o *individuale* e la seconda *oggettiva* o *comunitaria*.<sup>90</sup>

Sia per l'individuo o per la comunità, i diritti fondamentali costituiscono i presupposti di una vita libera e degna.<sup>91</sup> In questo senso, i precetti relativi ai diritti fondamentali non possono essere pensati solo dal punto di vista degli individui, come titolari di posizioni giuridiche dinanzi allo Stato particolarmente difensive, ma anche sotto l'aspetto della comunità, come valori o fini che questa si propone di raggiungere soprattutto attraverso l'azione effettiva dei Poteri Legislativo, Esecutivo e Giudiziario.<sup>92</sup>

Dal punto di vista oggettivo i diritti fondamentali hanno sempre come bersaglio l'uomo inserito in un circolo di rapporti.

Pertanto, come già segnalato, i diritti fondamentali possono essere studiati nella condizione di diritti soggettivi o di norme (diritto oggettivo). All'interno del secondo filone interpretativo si collocano i diritti fondamentali come i valori di base del sistema giuridico.<sup>93</sup>

Il riconoscimento di carattere normativo ai diritti fondamentali provoca molteplici rilevanti conseguenze, secondo quanto segue:

- (i) le norme di diritti fondamentali possono funzionare come criterio di legittimazione e per valutare la validità delle altre norme giuridiche;
- (ii) le norme di diritti fondamentali possono funzionare come criteri di interpretazione delle altre norme giuridiche, determinando la massima protezione dei diritti fondamentali e

<sup>89</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 34-41.

<sup>90</sup> Una decisione paradigmatica sulla dimensione oggettiva dei diritti fondamentali fu emessa nel 1958, dalla Corte Federale Costituzionale della Germania (*Bundesverfassungsgericht*), nel caso *Lüth*, dove fu registrato che i diritti fondamentali non si limitano alla funzione precipua di diritti soggettivi di difesa dell'individuo contro le azioni del potere pubblico, ma che, oltre a ciò, costituiscono decisioni valutative di natura giuridico-oggettiva della Costituzione, con efficacia in tutto l'ordinamento giuridico, fornendo direttive per gli organi legislativi, giudiziari ed esecutivi (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 152).

<sup>91</sup> Secondo Uadi Lammêgo Bulos, "Senza i diritti fondamentali l'uomo non vive, non convive e, in alcuni casi, non sopravvive." (BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 428).

<sup>92</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 114-115. BÖCKENFÖRDE, allo stesso modo fa allusione a una doppia qualifica dei diritti fondamentali: da una parte, diritti soggettivi di libertà, diretti allo Stato e, dall'altra, norme oggettive di principio (*objektive Grundsatznormen*) e decisioni assiologiche (*Wertentscheidungen*). (BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, *apud* GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, p. 4).

<sup>93</sup> ROLLA, Giancarlo. **La tutela costituzionale dei diritti**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007, p. 25.

(iii) le norme di diritti fondamentali possono stabilire la presunzione relativa dell'esistenza di un diritto soggettivo fondamentale.<sup>94</sup>

Detto questo, non è esagerato affermare che le norme costituzionali relative ai diritti e alle garanzie fondamentali sono indirizzate, prima di tutto, ai Poteri Esecutivo, Legislativo e Giudiziario, visto che sono essi che procedono alla loro applicazione nelle situazioni concrete. Affermare, com'è di costume, che le libertà pubbliche sono destinate, in un primo momento, ai cittadini è illusorio e persino utopistico. In realtà i cittadini sono i destinatari indiretti, secondari o mediati dei diritti e delle garanzie fondamentali, i quali dipendono dall'effettiva applicazione.<sup>95</sup> Si tratta di una prospettiva nuova che pone in risalto l'importanza del ruolo dei tre Poteri di Stato per l'applicazione dei diritti basilari.

Malgrado queste conseguenze siano di estrema importanza in materia di diritti sociali, specialmente per quanto riguarda il punto "iii", desideriamo analizzare in modo più dettagliato i diritti fondamentali nella loro prospettiva soggettiva.

Prima, però, dobbiamo evidenziare la possibilità che, in una stessa norma, coesistano ambedue le prospettive giuridico-soggettiva e giuridico-oggettiva.<sup>96</sup>

### 2.1.1 I diritti fondamentali secondo la prospettiva soggettiva

Il diritto soggettivo continua a essere una categoria essenziale all'interno del discorso giuridico e nella sistemazione dei diritti fondamentali.

Tuttavia, il concetto di diritto soggettivo rimane il centro di una grande discussione. Tra gli autori brasiliani, esiste la preferenza per la *teoria mista o eclettica*, che comprende nella nozione un elemento oggettivo (l'interesse) e un elemento soggettivo (la volontà)<sup>97</sup>, come diffuso da Giorgio Jellinek: "Il diritto soggettivo pertanto è la potestà di volere che ha l'uomo, riconosciuta e protetta dall'ordinamento giuridico, in quanto sia rivolta ad un bene o ad un interesse".<sup>98</sup>

<sup>94</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, p. 7.

<sup>95</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 428.

<sup>96</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 177.

<sup>97</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, p. 127-129.

<sup>98</sup> JELLINEK, Giorgio. Sistema dei diritti pubblici subbiettivi *apud* ALPA, Guido; GRAZIADEI, Michele; GUARNERI, Attilio; MATTEI, Ugo; MONATERI, Pier Giuseppe; SACCO, Rodolfo. *Trattato di Diritto Civile*. La parte generale del diritto civile. Il diritto soggettivo. Torino: UTET, 2001, p. 47.

Nonostante sia pubblico di nascita, il concetto di diritto soggettivo fu sviluppato attraverso teorie privatistiche nell'ambito del Diritto Civile.<sup>99</sup> Questo spiega, in parte, la difficoltà ancora esistente di vincolarlo ai diritti fondamentali e ad altre situazioni giuridiche di diritto pubblico. In realtà, neppure nel diritto privato la nozione tradizionale di diritto soggettivo si mostra ancora adeguata, a causa di numerose trasformazioni avvenute nella società.

Attualmente poi, il diritto soggettivo deve essere inteso come la rappresentazione di situazioni giuridiche del più svariato genere, che vanno sin dalle pretese, dalle potestà e immunità sino alle mere facoltà.<sup>100</sup> Queste situazioni, data la loro diversità, non sempre prevederanno un dovere *stricto sensu* come correlato.

Malgrado la dottrina maggioritaria affermi che la protezione di un diritto fondamentale si effettui sempre sottoforma di diritto soggettivo, non si può concludere che a ogni diritto fondamentale corrisponde un dovere, proprio perché le situazioni che caratterizzano il diritto soggettivo sono innumerevoli.<sup>101</sup>

Ci interessa particolarmente sapere quali diritti (soggettivi) fondamentali sono dotati di giustiziabilità.

Sì, perché i diritti fondamentali, nella prospettiva giuridico-soggettiva, contengono la nozione secondo la quale

---

<sup>99</sup> Il concetto è stato sviluppato dal punto di vista strettamente privato e usando come prototipo un rapporto giuridico di soluzione istantanea tra due individui, un creditore e un debitore, di una prestazione patrimoniale. GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, p. 130. Acrescenta Luigi Ferrajoli que, "Nella costruzione moderna della nozione di 'diritto soggettivo' sono confluite, senza mai riuscire ad amalgamarsi unitariamente, due tradizioni culturali tra loro profondamente diverse ed eterogenee: da un lato le dottrine giusnaturalistiche e contrattualistiche dei 'diritti naturali' dei secoli XVII e XVIII, che formeranno la base del costituzionalismo moderno e della teoria dello stato costituzionale di diritto e dei diritti fondamentali; dall'altro la vecchia tradizione romanistico-civilistica del diritto di proprietà e degli altri diritti patrimoniali, rielaborata dalla scienza giuridica ottocentesca, prima civilistica e poi pubblicistica." (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto*. V. I. Bari: Laterza, 2007, p. 636).

<sup>100</sup> In pratica, Luigi Ferrajoli identifica il diritto soggettivo "[...] con qualunque interesse giuridicamente tutelato dal dovere in capo ad altri di rispettarlo: ovverosia dalla garanzia, rappresentata dall'obbligo di soddisfarlo o dal divieto di violarlo, imputati ad altri soggetti in rapporto giuridico con il suo titolare." Successivamente afferma che "i diritti fondamentali sono diritti soggettivi, ossia interessi giuridicamente protetti in forma di aspettative positive o negative" [...]. (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto*. V. I. Bari: Laterza, 2007, p. 642 e 727).

<sup>101</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, p. 142-143. Alessandro Pace aggiunge che "la Costituzione appresta riconoscimento e garanzia a situazioni soggettive assai variegata (diritti della persona consistenti in situazioni 'inattive' – onore, reputazione, nome, immagine ecc. – e 'attive', come le libertà civili, politiche ed economiche; e come i diritti familiari, i diritti sociali, i diritti al pari trattamento, i diritti su beni e su cose ecc.), si rende necessario operare una verifica degli aspetti sia funzionali sia strutturali di tali diritti." (PACE, Alessandro. *Problematica delle libertà costituzionali*. Parte generale. Padova: CEDAM, 2003, p. 60).

al titolare di un diritto fondamentale è data la possibilità di imporre giudizialmente i propri interessi tutelati giuridicamente dinanzi al destinatario (obbligato). Immediatamente traspare l'idea secondo la quale il diritto soggettivo consacrato da una norma di diritto fondamentale si manifesta attraverso un rapporto trilaterale tra il titolare, l'oggetto e il destinatario del diritto.<sup>102</sup>

Non solo il destinatario del diritto soggettivo (fondamentale), ma soprattutto il suo oggetto è sottoposto a diverse variazioni, tra le quali si evidenziano:

- a) lo spazio di libertà dell'individuo non è garantito in modo uniforme;
- b) l'esistenza di inequivocabili distinzioni per quanto riguarda il grado di esigibilità dei diritti individualmente considerati, in modo particolare, se si considerano i diritti a prestazioni sociali materiali;
- c) i diritti fondamentali costituiscono posizioni giuridiche complesse, nel senso di poter contenere diritti, libertà, pretese e poteri della natura più svariata e, persino, di poter dirigersi contro diversi destinatari. In questo contesto, bisogna evidenziare che i diritti fondamentali, anche nella condizione di diritto soggettivo, non si riducono ai classici diritti di libertà, anche se in essi la nota di soggettività, nel senso della loro esigibilità, traspare – di solito – nella forma più accentuata.<sup>103</sup>

La questione dei diritti fondamentali come “posizioni giuridiche complesse” può essere esemplificata attraverso i diritti sociali, previsti negli articoli 6 fino all'11, della Costituzione della Repubblica Federativa del Brasile. Nell'ambito dei diritti sociali, ci sono sia i “diritti alle prestazioni”, sia le concretizzazioni dei diritti di libertà e di uguaglianza, la cui struttura giuridica è notoriamente diversa. È quindi necessaria la loro analisi attraverso il criterio della predominanza dell'elemento difensivo o dell'elemento della prestazione. Esistono delle differenze anche per quanto riguarda i destinatari: i diritti sociali dell'articolo 6 sono, in principio, diritti di tutti, mentre quelli degli articoli dal 7 all'11 sono concessi solamente ai lavoratori.<sup>104</sup>

È opportuno avvisare che non si può correre

il rischio di ritenere omogenea la ‘categoria’ dei diritti costituzionali e, quindi, di operare un appiattimento di essi, conseguentemente ritenendo – come in effetti si è talora ritenuto – che la pari tutela costituzionale dei diritti ‘inviolabili’ implichi di per sé un'identica possibilità di realizzazione, anche giudiziaria, degli stessi.<sup>105</sup>

<sup>102</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 162.

<sup>103</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 162.

<sup>104</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 171 e 178.

<sup>105</sup> PACE, Alessandro. *Problematica delle libertà costituzionali*. Parte generale. Padova: CEDAM, 2003, p. 61.



## 2.2 I diritti fondamentali come diritti di difesa e come diritti a prestazioni

Si è già detto quanto la classificazione dei diritti fondamentali, secondo criteri oggettivi e funzionali, è difficile.

Le difficoltà derivano, tra i vari aspetti, dalla diversità di funzioni esercitate dai diritti fondamentali, dalla loro complessa struttura normativa, ma anche dalle peculiarità di ogni ordine costituzionale.

Rispetto al testo brasiliano, le critiche più frequenti si riferiscono all'ampiezza del catalogo dei diritti fondamentali, all'assenza di sistematicità e alla tecnica legislativa precaria.<sup>106</sup> Si afferma, inoltre, che la prodigalità della Costituzione, specialmente nella sua versione originale, con numerosi riferimenti alla gratuità delle prestazioni pubbliche a favore di tutti gli individui, è rischiosa per creare spese infinite senza la minima preoccupazione con la previsione di bilancio.<sup>107</sup>

Un criterio di classificazione che consideriamo adeguato e scientificamente consistente è quello che divide i diritti fondamentali in *diritti di difesa* e in *diritti alle prestazioni*.<sup>108</sup>

I diritti fondamentali svolgono la funzione di difesa dei cittadini e della loro dignità sotto una duplice prospettiva:

- (1) costituiscono, su un piano giuridico-oggettivo, norme di competenza negativa per i pubblici poteri, proibendo fundamentalmente le ingerenze di questi nella sfera individuale;
- (2) implicano, su un piano giuridico-soggettivo, il potere di esercitare positivamente diritti fondamentali (libertà positiva) e di esigere omissioni dei pubblici poteri, in modo da evitare aggressioni lesive da parte dei medesimi (libertà negativa).<sup>109</sup>

I diritti di difesa sono abitualmente considerati come previsti in norme di efficacia piena, mentre i diritti a prestazioni sarebbero previsti dalle norme di efficacia solamente limitata.<sup>110</sup>

<sup>106</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 170.

<sup>107</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 337.

<sup>108</sup> Luigi Ferrajoli li denomina *diritti-pretese*. (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto*. V. I. Bari: Laterza, 2007, p. 639).

<sup>109</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 407.

<sup>110</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 82. La classificazione elaborata dall'autore nel dividere le norme costituzionali, secondo l'efficacia e l'applicabilità, in tre categorie (norme costituzionali di efficacia piena, di efficacia contenuta e di efficacia limitata o ridotta) ha avuto come punto di partenza decisioni dei Tribunali

I diritti a prestazioni, a loro volta, si suddividono in *diritti a prestazioni giuridiche* e in *diritti a prestazioni materiali*.<sup>111</sup>

Questa classificazione ebbe origine dagli insegnamenti di Giorgio Jellinek, che teorizzò

l'esistenza di uno *status libertatis*, di uno *status civitatis* e di uno *status activae civitatis*, a cui rispettivamente corrisponderebbero i diritti di libertà, i diritti civili (o di prestazione) e i diritti politici (la capacità di agire come organo dello Stato).<sup>112</sup>

Diversamente da quello che abitualmente si ritiene, gli *status* non costituirebbero, per questo autore, la risultante delle situazioni giuridiche soggettive favorevoli e sfavorevoli spettanti al soggetto in conseguenza di una certa sua "qualità" soggettiva giuridicamente rilevante (di cittadino, di titolare della patria potestà, di libero professionista, di parlamentare ecc.), ma, tutt'al contrario, sarebbero i cosiddetti diritti pubblici soggettivi la risultante degli *status*.<sup>113</sup>

Alla luce del menzionato criterio, non si può utilizzare l'espressione "diritti sociali" per indicare specificamente il gruppo dei diritti a pubblici servizi. La spiegazione risiede nel fatto che, nell'ambito dei diritti sociali, convivono contemporaneamente non solo i diritti alla sanità, all'educazione e all'assistenza sociale, ma anche i diritti di difesa (alla libertà, all'uguaglianza, ecc.).<sup>114</sup>

In realtà buona parte dei diritti dei lavoratori, contemplati negli articoli 7 sino all'11 della Costituzione della Repubblica Federativa del Brasile sono realizzazioni dei diritti di libertà e di uguaglianza. Come esempio, si citano la limitazione della giornata di lavoro (articolo 7, commi XIII e XIV); il riconoscimento delle convenzioni e accordi collettivi di lavoro (articolo 7, comma XXVI); le norme relative alla

---

italiani. Egli si riferisce, a pagina 78 della sua opera, a una decisione della Corte di Cassazione Penale del 07 febbraio 1948, nel senso che "Le disposizioni contenute nella Costituzione sono talvolta di natura programmatica, talvolta di natura giuridica. La norma contenuta nell'art. 25, 2° comma, della Costituzione, relativa alla irretroattività della legge penale, ha valore programmatico e non obbliga il giudice". Questa interpretazione, tuttavia, non prevalse, dato che non si ammettono in una Costituzione rigida norme che non siano di natura giuridica o che non presentino valore normativo (p. 79).

<sup>111</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 174-175.

<sup>112</sup> *Apud* PACE, Alessandro. *Problematica delle libertà costituzionali*. Parte generale. Padova: CEDAM, 2003, p. 67.

<sup>113</sup> PACE, Alessandro. *Problematica delle libertà costituzionali*. Parte generale. Padova: CEDAM, 2003, p. 67-69.

<sup>114</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 178.

prescrizione (articolo 7, comma XXIX); la libertà di associazione sindacale (articolo 8); il diritto allo sciopero (articolo 9, della Costituzione federale).

In questi e in altri casi in cui i diritti fondamentali esercitano simultaneamente due o più funzioni, l'interprete dovrà far uso del criterio della *predominanza* dell'elemento difensivo o di prestazione.<sup>115</sup>

### 2.2.1 Dei diritti fondamentali come diritti a prestazioni

Mentre i diritti di difesa (*status libertatis* e *status negativus*) si riferiscono specialmente a una posizione di rispetto e di astensione da parte dei pubblici poteri, i diritti a prestazioni, ricondotti allo *status positivus* di Jellinek, implicano una postura attiva dello Stato, nel senso che esso è obbligato a mettere a disposizione degli individui prestazioni di natura giuridica e materiale (fattuale).<sup>116</sup>

I diritti fondamentali a prestazioni si inseriscono tra i diritti di *seconda dimensione*, dei quali abbiamo trattato al punto 1.1, relativo al processo evolutivo che culminò nello Stato democratico e sociale di diritto.

Nella dottrina tedesca, essi sono denominati "diritti di partecipazione" o "diritti di quota parte" (*Teilhaberechte*).

Nonostante si riconosca la possibilità di partecipazione in determinati processi di decisione e in procedimenti che non interessino la fornitura diretta di prestazioni o nei quali la dimensione delle prestazioni sia appena secondaria, diamo preferenza alla terminologia abituale, ossia, *diritti a prestazioni*.<sup>117</sup>

In questa voce si possono quindi identificare due gruppi di posizioni giuridiche fondamentali:

- (1) Secondo l'oggetto: diritti a prestazioni *giuridiche* (o normative) e diritti a prestazioni *fattuali* (o materiali);
- (2) Diritti a prestazioni *in senso ampio*: diritti di protezione e partecipazione nell'organizzazione e procedimento e diritti a prestazioni *in senso stretto* (diritti a prestazioni materiali sociali).

<sup>115</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 188 e 178.

<sup>116</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 200.

<sup>117</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 201-202.

La definizione di diritti di prestazioni *in senso ampio* ha una natura residuale che comprende tutte le posizioni fondamentali di prestazioni non fattuali.<sup>118</sup>

L'accettazione di diritti *alla protezione* ci rimanda alla prospettiva giuridico-oggettiva dei diritti fondamentali, affrontata al punto 2.1. L'idea secondo la quale lo Stato deve zelare, anche in carattere preventivo, per la protezione dei diritti degli individui contro ingerenze non dovute da parte dei pubblici poteri e contro aggressioni di privati e di altri Stati sfocia nell'obbligo di adottare misure positive per garantire in modo adeguato il reale godimento dei diritti fondamentali.

I modi di realizzazione di questa protezione sono molteplici: la creazione di norme penali o procedurali, di atti amministrativi e, persino, per mezzo di un'azione concreta dei pubblici poteri.

Questo obbligo di protezione è direttamente proporzionale alla posizione occupata dal bene giuridico fondamentale. Come è noto, l'ambito dei diritti non si restringe alla protezione della vita e dell'integrità fisica, comprendendo inoltre la dignità della persona umana, la libertà, la proprietà e addirittura la protezione contro i rischi dell'uso pacifico dell'energia atomica.

Ha un carattere contingente, per cui si può affermare che

La forma come lo Stato assume i propri doveri di protezione e li realizza, rimane tuttavia (e secondo la dottrina tedesca dominante), nell'ambito del suo stesso arbitrio, considerando in tale contesto l'esistenza di differenti alternative di azione, la limitazione dei mezzi disponibili, la considerazione di interessi opposti e la necessità di stabilire priorità, in modo tale che non si potrebbe, inizialmente, parlare di un dovere specifico di azione da parte dello Stato.<sup>119</sup>

Sulla protezione della vita umana in generale, compresa quella in formazione, il Tribunale Costituzionale Federale della Germania, nel 1975, nel BVerfGE 39,1, emise una paradigmatica decisione sull'aborto, nei seguenti termini:

Dev'essere enfatizzato che il significato e lo scopo di questa disposizione della Legge Fondamentale [Articolo 2, Comma 2, Sentenza 1: Tutti avranno diritto alla vita e all'invulnerabilità della propria persona] richiede che la protezione della vita sia estesa alla vita in formazione. La sicurezza dell'esistenza umana contro interventi dello Stato sarebbe incompleta se non comprendesse anche il passo precedente alla 'vita completa', alla vita prenatale. Questa interpretazione estensiva corrisponde al principio stabilito nelle opinioni del Tribunale Costituzionale Federale, 'secondo il quale, in casi dubbiosi, deve

<sup>118</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 202-203 e 206.

<sup>119</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 207.

essere scelta l'interpretazione che sviluppa al massimo l'efficacia giudiziale della norma giuridica fondamentale'. [...]

Se l'embrione fosse considerato una parte dell'organismo materno, l'interruzione della gravidanza si restringerebbe all'area della decisione di una persona sulla propria vita che il legislatore è proibito di invadere. [...] Tuttavia, siccome colui che sta per nascere è un essere umano indipendente che si trova sotto la protezione della costituzione, esiste una dimensione sociale nell'interruzione della gravidanza che rende l'intervento statale possibile e necessario. Il diritto della donna al libero sviluppo della propria personalità, che ha come contenuto la libertà di comportamento in senso ampio e, in questo modo, comprende la responsabilità personale della donna di decidere contro la maternità e le responsabilità che ne derivano, può richiedere riconoscimento e protezione. Questo diritto, tuttavia, non è garantito senza limiti – il diritto degli altri, l'ordine costituzionale e la legge morale lo limitano. *A priori*, questo diritto non può mai comprendere l'autorizzazione per intervenire nella sfera protetta dell'altro senza una ragione che lo giustifichi o, ancor meno, distruggere quella sfera e la propria vita; meno ancora se, secondo la natura del caso, esiste una responsabilità speciale per questa stessa vita.

Un impegno che garantisca la protezione alla vita di qualcuno che sta per nascere e permetta alla donna incinta la libertà di aborto non è possibile, nella misura in cui l'interruzione della gravidanza significa sempre la distruzione della vita prenatale. Nella necessaria ponderazione, 'entrambi i valori costituzionali devono essere visti nel loro rapporto con la dignità umana, il centro del sistema di valori della costituzione' [...] Una decisione orientata all'Articolo 1, Comma 1 della Legge Fondamentale deve essere a favore della priorità della protezione della vita del bambino nel ventre della madre, nei confronti del diritto della donna incinta all'autodeterminazione. D'altro canto, la vita prenatale è distrutta attraverso l'interruzione della gravidanza. Secondo il principio della ponderazione che preserva la maggioranza delle posizioni costituzionali conflittuali [...], la priorità deve essere data alla protezione alla vita del bambino che sta per nascere. Questa priorità esiste, come questione di principio, durante tutta la durata della gravidanza e non può essere messa in discussione in un tempo determinato. L'opinione espressa dal Parlamento Federale durante la delibera della Legge della Riforma del Codice Penale a partire dal quale si propose la priorità durante un certo tempo 'del diritto all'autodeterminazione della donna, che si impone a partire dalla dignità umana rispetto a tutti gli altri, compreso il diritto del bambino alla vita' [...] non è conciliabile con l'ordinamento di valori della Legge fondamentale [...].

L'obiettivo del diritto penale fu, sin dall'inizio, quello di proteggere i valori elementari della vita in comunità. [...] Da questo punto di vista, l'uso del diritto penale per la punizione di 'atti di aborto' deve essere considerato, senza dubbio, legittimo. [...] La punizione, tuttavia, non può mai essere fine a sé stessa. Il suo impiego è, inizialmente, soggetto alla decisione del legislativo. [...] In caso estremo, ossia, se la protezione richiesta dalla costituzione non può essere raggiunta in altro modo, il legislatore può essere obbligato a impiegare i mezzi della legge penale per proteggere la vita in formazione. La norma penale rappresenta, fino a un certo punto, l'ultima ragione nell'arsenale del legislativo. Secondo il principio della proporzionalità, un principio di Stato giusto, che prevale in tutto il diritto pubblico, anche nel diritto costituzionale, il legislatore può fare uso di questi mezzi appena cautelativamente e con riserva. Tuttavia, quest'ultimo mezzo deve essere utilizzato nel caso in cui l'effettiva protezione della vita non possa essere raggiunta in altro modo. [...]

Insomma. [...] che le interruzioni della gravidanza non siano legalmente condannate né soggette a una punizione non è compatibile con il dovere, che incombe al legislatore, di proteggere la vita, se l'interruzione è il risultato di ragioni che non sono riconosciute nell'ordine di valori della Legge Fondamentale. In realtà la limitazione della punibilità non sarebbe

costituzionalmente eccezionale se fosse combinata con altri mezzi che potrebbero essere capaci di compensare, perlomeno nei loro effetti, l'eliminazione della protezione penale. Ovviamente – com'è stato dimostrato – non è questo il caso. [...] <sup>120</sup>

Questa decisione stimolò lo sviluppo della teoria dei doveri di protezione secondo la prospettiva oggettiva dei diritti fondamentali; tuttavia resta da definire in che modo sarà fornita questa protezione, discutendo se la mera distribuzione di opuscoli illustrativi sulla salute della donna sia sufficiente a soddisfare l'ordine.<sup>121</sup> Il tema della salute offre maggiori difficoltà per quanto riguarda la verifica del suo servizio per interessare una grande varietà di prestazioni disponibili sul mercato.

Nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco, l'uso del principio della proporzionalità come proibizione di una protezione insufficiente si può trovare nella seconda decisione sull'aborto (*BverfGE* 88, 203, 1993). Il *Bundesverfassungsgericht* si è così pronunciato:

Lo Stato per adempiere il suo dovere di protezione, deve utilizzare misure sufficienti di carattere normativo e materiale, che permettano di raggiungere – rispettando la contrapposizione di beni giuridici – una protezione adeguata e, come tale, effettiva (proibizione d'insufficienza).

[...]

È compito del legislatore determinare dettagliatamente il tipo e l'estensione della protezione. La Costituzione fissa la protezione come meta non dettagliando, però, la sua configurazione. Tuttavia, il legislatore deve osservare la proibizione di insufficienza [...]. Considerando beni giuridici contrapposti, è necessaria una protezione adeguata.

Decisivo è che la protezione sia efficiente come tale.

Le misure prese dal legislatore devono essere sufficienti per una protezione adeguata ed efficiente e, oltre a ciò, basarsi su accurate verifiche di fatti e valutazioni razionalmente sostenibili [...].<sup>122</sup>

<sup>120</sup> Disponibile su <http://www.arcos.org.br/livros/o-controle-da-razoabilidade-no-direito-comparado/capitulo-iii/a-definicao-do-principio-da-proporcionalidade/2-maxima-ou-principio-da-proporcionalidade>. Articolo di Alexandre Araújo Costa, visitato il 09 gennaio 2010, chiarendo che fino al 1974 l'aborto in Germania era considerato un crimine. In quell'anno, tuttavia, la Germania Occidentale promulgò una legge che non puniva penalmente l'aborto in casi di gravidanza (1) risultante da stupro o incesto; (2) praticato entro la 13<sup>a</sup> settimana di gestazione; (3) in caso di rischio di vita o alla salute della donna incinta e (4) in caso di danni irreversibili al bambino.

<sup>121</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 207.

<sup>122</sup> La decisione del Tribunale costituzionale tedesco è stata citata nel voto del Ministro del Supremo tribunale federale Gilmar Mendes emesso nell'azione diretta di incostituzionalità n° 3.112 del Distretto Federale, proposta dal Partito Trabalhista Brasileiro (PTB), il cui oggetto era il contenuto integrale dello Statuto del Disarmamento (Legge n° 10.826 del 22 dicembre 2003, alterata dal Decreto Legge n° 157, del 23 dicembre 2003) e che può essere consultata sul sito [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). In essa si trovano interessanti considerazioni sulla possibilità del controllo di costituzionalità dell'attività legislativa in materia penale, per quanto riguarda la sufficienza o insufficienza nella protezione dei beni giuridici fondamentali, secondo quanto segue: "L'esigenza di una legge penale si configura come esigenza legale proporzionale (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*): La proibizione di eccesso (*Übermassverbot*) funziona come limite massimo e la proibizione di protezione insufficiente (*Untermassverbot*), come limite minimo dell'intervento legislativo penale. Si apre, con ciò, la possibilità del controllo della costituzionalità dell'attività legislativa in materia penale. Se è certo, da un lato, che

La necessità che le misure adottate da uno Stato abbiano un minimo di efficacia viene riaffermata dalla dottrina brasiliana, non essendo tuttavia esigibile l'esclusione assoluta della minaccia che vogliono prevenire.

Anche i diritti alla *partecipazione nell'organizzazione e nel procedimento* si collegano alla prospettiva giuridico-oggettiva dei diritti fondamentali. Si spiega: i diritti fondamentali, nonostante dipendano dall'organizzazione e dal procedimento, su di essi esercitano un'influenza per quanto riguarda la formattazione delle strutture, servendo, inoltre, come direttive per l'applicazione e l'interpretazione delle norme procedurali.<sup>123</sup>

Nell'ambito dei diritti alle prestazioni, nella condizione di diritti a prestazioni normativi, assumono importanza *i diritti all'emissione di norme procedurali*, il cui destinatario, ovviamente, è il legislatore.

È noto che il godimento dei diritti fondamentali perde molto della sua efficacia quando non vengono messi a disposizione servizi statali nella sfera organizzativa e procedurale. L'organizzazione e il procedimento, non solo nell'aspetto delle prestazioni, sono a disposizione dei diritti fondamentali e, in questo senso, possono essere considerati una delle condizioni della sua efficacia.

Il tipico diritto di prestazione *lato sensu* è l'accesso alla giustizia.<sup>124</sup> Esso rappresenta un principio inserito nel movimento a favore dell'efficacia dei diritti sociali. È l'espressione di una filosofia libertaria, alla ricerca di metodi idonei per fare applicare i diritti sociali, in vista di una giustizia più umana, semplice e accessibile.<sup>125</sup>

Nella Costituzione Italiana il diritto alla tutela giurisdizionale è ubicato nel titolo dei rapporti civili, in una disposizione, l'articolo 24, che si occupa anche di diritti a prestazioni positive da parte dello Stato, nei commi 3 e 4. In questi, si legge:

---

la Costituzione conferisce al legislatore un margine di discrezionalità per la valutazione, analisi e configurazione per quanto riguarda le misure efficaci e sufficienti per la protezione del bene giuridico penale, e, dall'altro, che anche la propria Costituzione impone al legislatore i limiti del dovere di rispetto al principio della proporzionalità, è possibile concludere a favore della fattibilità del controllo giudiziale della costituzionalità di questa attività legislativa. Il Tribunale ha l'incombenza di esaminare se il legislatore considerò adeguatamente i fatti e le prognosi e se utilizzò il suo margine d'azione in modo adeguato alla sufficiente protezione dei beni giuridici fondamentali.”

<sup>123</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 208.

<sup>124</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 209 e 211.

<sup>125</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 112.

24 Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.

La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.

Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione.

La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari.

Si giustifica che la Corte costituzionale abbia scritto il diritto alla tutela giurisdizionale tra i principi supremi dell'ordinamento costituzionale<sup>126</sup>, dato che senza il diritto di azione e di difesa tutti i diritti, anche quelli costituzionalmente riconosciuti si risolverebbero in enfatiche proclamazioni, prive di concreta garanzia. È dato pacifico nella giurisprudenza della Corte che il disposto dell'articolo 24, secondo comma Costituzione "contiene una norma di carattere generale, intesa a garantire indefettibilmente l'esercizio della difesa in ogni stato e grado di qualunque procedimento giurisdizionale" (sentenza n. 125 del 1979) ed anche a ogni individuo, a prescindere dalla cittadinanza, poiché

lo straniero (anche irregolarmente soggiornante) gode di tutti i diritti fondamentali della persona umana, fra i quali quello di difesa, il cui esercizio effettivo implica che il destinatario di un provvedimento, variamente restrittivo della libertà di autodeterminazione, sia messo in grado di comprenderne il contenuto e il significato (sentenza n. 198 del 2000).<sup>127</sup>

Un altro esempio di diritto a prestazioni *lato sensu* è estratto da una decisione della 3<sup>a</sup> Sezione del Tribunale regionale federale della 4<sup>a</sup> Regione<sup>128</sup> nel giudizio dell'appello civile n° 2001.71.00.026279-9, derivante dall'azione civile pubblica dello stesso numero, mossa dal Pubblico Ministero Federale Brasiliano contro l'Unione, per permettere la realizzazione presso il Sistema Unico Sanitario (SUS) della chirurgia di cambiamento di sesso:

DIRITTO COSTITUZIONALE. TRANSESSUALITÀ. INSERIMENTO NELLA TABELLA SIH-SUS DEI PROCEDIMENTI MEDICI DI CAMBIAMENTO DI SESSO. PRINCIPIO DELL'UGUAGLIANZA E PROIBIZIONE DI DISCRIMINAZIONE PER MOTIVO DI SESSO. DISCRIMINAZIONE PER MOTIVO DI GENERE. DIRITTI FONDAMENTALI DI LIBERTÀ, LIBERO SVILUPPO DELLA PERSONALITÀ, PRIVACY E RISPETTO ALLA DIGNITÀ UMANA. DIRITTO ALLA SALUTE. FORZA NORMATIVA DELLA COSTITUZIONE.

<sup>126</sup> Nella sentenza n. 98 del 1965.

<sup>127</sup> ***I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale.*** Relazione predisposta in occasione dell'incontro della delegazione della Corte Costituzionale con il Tribunale Costituzionale della Repubblica di Polonia. Disponibile su: [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Visitato nel febb. 2010.

<sup>128</sup> Il Tribunale regionale federale della 4<sup>a</sup> Regione, con sede a Porto Alegre e giurisdizione negli Stati del Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, è composto da 27 giudici federali a vita, scelti tra i giudici federali di 1<sup>a</sup> Istanza, membri del Pubblico Ministero e rappresentanti dell'Ordine degli Avvocati del Brasile, nominati dal Presidente della Repubblica, secondo i termini della Costituzione federale.



1 – L'esclusione dalla lista di procedimenti medici pagati dal Sistema Unico Sanitario delle chirurgie di cambiamento di sesso e dei procedimenti complementari a sfavore dei transessuali rappresenta una discriminazione proibita costituzionalmente, oltre a offendere i diritti fondamentali di libertà, di libero sviluppo della personalità, della privacy, protezione alla dignità umana e alla salute.

2 – La proibizione costituzionale di discriminazione per motivo di sesso protegge eterosessuali, omosessuali, transessuali e travestiti, a patto che la sessualità sia un fattore decisivo per l'imposizione di trattamenti sfavorevoli.

3 – La proibizione di discriminazione per motivo di sesso comprende, oltre alla protezione contro trattamenti sfavorevoli fondati sulla distinzione biologica tra uomini e donne, la protezione verso trattamenti sfavorevoli decorrenti dal genere, relativi al ruolo sociale, all'immagine e alle percezioni culturali che si riferiscono alla mascolinità e alla femminilità.

4 – Il principio di uguaglianza impone l'adozione dello stesso trattamento ai destinatari delle misure statali, a meno che ragioni sufficienti richiedano una diversità di trattamento, assumendo l'onere della motivazione sulla causa della distinzione. Non esiste giustificazione per il trattamento sfavorevole a transessuali per quanto riguarda il pagamento da parte del SUS delle chirurgie di *neocolpovulvoplastia* e *neofaloplastia*, poiché (a) si tratta di servizi sanitari adeguati e necessari per le cure mediche del transessualismo e (b) non si può giustificare una discriminazione sessuale (contro transessuali maschili) invocando un'altra discriminazione sessuale (contro i transessuali femminili).

5 – Il diritto fondamentale alla libertà, direttamente legato ai diritti fondamentali al libero sviluppo della personalità e alla privacy, concependo gli individui come soggetti di diritto invece che oggetti di influenze altrui, protegge la sessualità come sfera della vita individuale libera dall'interferenza di terzi, allontanando imposizioni non dovute nei confronti dei transessuali, donne, omosessuali e travestiti.

6 – La norma di diritto fondamentale che stabilisce la protezione alla dignità umana richiede la considerazione dell'essere umano come un fine a sé stesso, invece del mezzo per la realizzazione dei fini e dei valori che sono a egli esterni e imposti da terzi; sono incostituzionali, pertanto, visioni del mondo eteronome, che impongano ai transessuali limiti e restrizioni non dovute, con ripercussioni nell'accesso a procedimenti medici.

7 – La forza normativa della Costituzione, come principio di interpretazione, richiede che la realizzazione dei diritti fondamentali dia la maggior forza normativa possibile a tutti i diritti simultaneamente, per cui l'interpretazione del diritto alla salute deve essere informata dal contenuto dei diversi diritti fondamentali rilevanti al caso.

8 – Il diritto alla salute è diritto fondamentale dotato di efficacia e applicabilità immediate, idoneo a produrre diritti e doveri nei rapporti dei pubblici poteri tra loro e rispetto ai cittadini, superata la nozione di norma meramente programmatica, per non provocare lo svuotamento del carattere normativo della Costituzione.

9 – La dottrina e la giurisprudenza costituzionali contemporanee ammettono l'efficacia diretta della norma costituzionale che assicura il diritto alla sanità, almeno per quanto riguarda i servizi che sono di grande importanza per i suoi titolari e quando non esiste il rischio di danno finanziario grave, che comprende il diritto all'assistenza medica vitale, che prevale anche quando ponderato rispetto ad altri principi e beni giuridici.

10 – L'inclusione dei procedimenti medici relativi alla transessualità, tra quelli previsti nella Tabella SIH-SUS, rappresenta una correzione giudiziale di fronte alla discriminazione lesiva i diritti fondamentali di transessuali, visto che tali servizi sono già previsti dal sistema pubblico sanitario.

11 – Ipotesi che rappresenta protezione di diritto fondamentale derivato alla salute, dato che l'azione giudiziale elimina la discriminazione non dovuta che impedisce l'accesso egualitario al pubblico servizio.

12 – Le chirurgie di cambiamento di sesso non configurano illecito penale, rappresentando tipici servizi sanitari, senza carattere di mutilazione.

13 – Le chirurgie di cambiamento di sesso raccomandate per il trattamento al transessualismo non sono procedimenti di carattere sperimentale, come attestano i Comitati di Etica di Ricerca Medica e le Normative del Consiglio Federale di Medicina.

14 – La limitazione della riserva del possibile non si applica in questo caso, dato la previsione di questi procedimenti nella Tabella SIH-SUS in vigore e il numero molto ridotto di interventi richiesti.

Precedenti del Supremo Tribunale Federale, del Tribunale Regionale Federale della 4<sup>a</sup> Regione, della Corte Europea di Giustizia, del Tribunale Europeo dei Diritti Umani, della Suprema Corte degli Stati Uniti, della Suprema Corte del Canada, del Tribunale Costituzionale della Colombia, del Tribunale Costituzionale Federale Tedesco e del Tribunale Costituzionale del Portogallo.

DIRITTO PROCESSUALE. LEGITTIMITÀ ATTIVA DEL PUBBLICO MINISTERO FEDERALE. ANTICIPAZIONE DELLA TUTELA CONTRO IL TESORO PUBBLICO. EFFICACIA NAZIONALE DELLA DECISIONE.

15 – Il Pubblico Ministero Federale è parte legittima per la proposta di azione civile pubblica, sia perché la richiesta si basa sul diritto transindividuale (correzione di discriminazione nella tabella di remunerazione di procedimenti medici del Sistema Unico Sanitario), sia perché i diritti dei membri del gruppo beneficiario hanno rilevanza giuridica, sociale e istituzionale.

16 – È applicabile l'anticipazione di tutela, nel giudizio del merito d'appello civile, vista la giustificazione definitiva della richiesta e della presenza del rischio di danno irreparabile o di difficile riparazione, a causa della grande e intensa sofferenza alla quale sono sottoposti transessuali nei casi in cui i procedimenti chirurgici sono necessari, situazione che conduce all'automutilazione e al suicidio. Giurisprudenza del Supremo Tribunale Federale, del Tribunale Superiore di Giustizia e del Tribunale Regionale Federale della 4<sup>a</sup> Regione.

17 – Secondo precedenti del Supremo Tribunale Federale e di questo Tribunale Regionale Federale della 4<sup>a</sup> Regione è possibile l'attribuzione di efficacia nazionale alla decisione emessa in azione civile pubblica, non applicandosi la limitazione dell'articolo 16 della Legge n° 7.347/85 (versione data dalla Legge n° 9.494/97), in virtù della natura del diritto richiesto e dalle gravi conseguenze della restrizione territoriale di altri beni giuridici costituzionali.

18 – Appello presentato, con giudizio di fondatezza della richiesta e imposizione di multa giornaliera in caso di mancato rispetto della decisione giudiziale da parte della Pubblica Amministrazione.

[...]

SENTENZA

Visti questi atti nei quali sono parti i sopraccitati, l'Illustre 3<sup>a</sup> Sezione del Tribunale Regionale Federale della 4<sup>a</sup> Regione decide, all'unanimità, di accogliere l'appello, nei termini del rapporto, voto e note tachigrafiche che sono parte integrante del presente processo.

Porto Alegre, 14 agosto 2007.

DISPOSITIVO

Considerando che i diritti fondamentali dell'uguaglianza, della proibizione di discriminazione per motivo di sesso, della libertà, del libero sviluppo della personalità, della privacy, del rispetto alla dignità umana e, inoltre, il diritto alla salute, obbligano l'Unione a non escludere dalla lista di procedimenti medici pagati dal SUS i trattamenti citati in favore di transessuali, l'Unione viene condannata:

(1) ad adottare, entro 30 giorni, tutte le misure appropriate per permettere ai transessuali la realizzazione, attraverso il Sistema Unico Sanitario, di tutti i procedimenti medici necessari per garantire la chirurgia di cambiamento di sesso del tipo *neocolpovulvoplastia*, *neofaloplastia* e/o procedimenti

complementari sulle gonadi e caratteri sessuali secondari, secondo i criteri stabiliti dalla Normativa n° 1.652/2002, del Consiglio Federale di Medicina;  
 (2) a pubblicare, entro 30 giorni, atto normativo che preveda l'inclusione, in modo esplicito, nella Tabella dei Procedimenti remunerati dal Sistema Unico Sanitario (Tabella SIH-SUS), di tutti i procedimenti chirurgici necessari alla realizzazione della chirurgia citata al punto precedente e, inoltre, remunerare gli ospedali per i procedimenti realizzati secondo la citata Normativa.  
 Esento l'Unione al pagamento degli onorari degli avvocati (STJ, RESP 493.823).

Visto quanto esposto, esprimo giudizio favorevole all'appello del Pubblico Ministero Federale, al fine di giudicare fondata la richiesta secondo i termini indicati sopra.

Giudice Federale Roger Raupp Rios

Relatore

Si tratta di un prezioso precedente in cui i giudici determinarono nei confronti dell'Unione non solo l'adozione, nell'esiguo spazio di tempo di 30 giorni, delle *misure amministrative* appropriate alla realizzazione, da parte del Sistema Unico Sanitario, della chirurgia di cambiamento di sesso, con la pubblicazione di un *atto normativo* dell'inclusione, nella tabella del SUS, dei procedimenti chirurgici necessari a quell'intervento.

In virtù della natura del diritto richiesto e delle gravi conseguenze che deriverebbero dalla sua restrizione territoriale, fu attribuita alla decisione efficacia nazionale. Essa riconobbe un diritto soggettivo in favore dei transessuali che, in caso di mancato adempimento da parte della Pubblica Amministrazione, causerebbe l'applicazione di multa giornaliera.

Tuttavia il Supremo Tribunale Federale, il 10 dicembre 2007, su richiesta dell'Unione, sospese l'anticipazione della tutela. Secondo il Ministro Ellen Gracie, allora presidente di quella Corte, l'esecuzione della sentenza contestata causerebbe un impatto finanziario e una grave lesione dell'ordine pubblico, secondo quanto segue:

Non ignoro la sofferenza e la dura realtà dei pazienti portatori di transessualità (patologia riconosciuta dall'Organizzazione Mondiale della Sanità: CID-10 F64.0), che si sottopongono a programmi di disturbi di identità di genere in ospedali pubblici, a incontri individuali e con i familiari, a riunioni di gruppo e a cure di equipe multidisciplinari, secondo i termini della Normativa 1.652/ 2002 del Consiglio Federale di Medicina, con l'obiettivo di realizzare la chirurgia di cambiamento di sesso, persone che meritano tutto il rispetto da parte della società brasiliana e del Potere Giudiziario. Si evidenzia, tuttavia, che nel caso in questione, fu concessa tutela anticipata, stabilendo che l'Unione divulghi, entro 30 giorni, 'tutte le misure appropriate per permettere ai transessuali la realizzazione, attraverso il Sistema Unico Sanitario, di tutti i procedimenti medici necessari per garantire la chirurgia di cambiamento di sesso del tipo *neocolpovulvoplastia*, *neofaloplastia* e/o procedimenti complementari sulle gonadi e caratteri sessuali secondari, secondo i criteri stabiliti dalla Normativa n° 1.652/ 2002 del Consiglio

Federale di Medicina' (pagine 147-148), e che pubblici, inoltre, atto normativo che preveda l'inserimento di questi procedimenti chirurgici nella tabella di procedimenti del Sistema Unico Sanitario (Tabella SIH/SUS). In questo caso non si sta analizzando una situazione concreta, individuale, un caso specifico: si determinò, è vero, che la richiedente prenda provvedimenti normativi e amministrativi immediati rispetto ai citati procedimenti medico chirurgici, per tale motivo intendo che è opportunamente dimostrata grave lesione all'ordine pubblico, nel suo concetto giuridico-costituzionale, poiché l'esecuzione della sentenza qui contestata, si ripercuoterà sulla programmazione del bilancio federale, nel generare un impatto alle finanze pubbliche.<sup>129</sup>

Riprendendo la questione della classificazione, rimane da citare che le norme che definiscono i diritti fondamentali relativi ai diritti a *prestazioni materiali* si inseriscono nella categoria dei diritti fondamentali a *prestazioni stricto sensu*. Questa categoria è abitualmente identificata con quella dei diritti fondamentali sociali; tuttavia, come già segnalato, i diritti sociali non si restringono alla dimensione di prestazioni, presentando non di rado, una dimensione difensiva. È per questo che si afferma che possiedono un carattere multiforme.

Visto ciò, si mostra corretta l'identificazione dei diritti a prestazioni nel senso stretto con i diritti fondamentali sociali alle prestazioni.

Questa categoria – dei diritti sociali a prestazioni – è un'espressione inequivocabile dello Stato sociale di diritto, al quale spetta zelare per una giusta distribuzione dei beni esistenti. La maggior parte dei diritti sociali ha come destinatario lo Stato, al quale è diretta, sulla base dello *status positivus*, la richiesta di creazione, di fornitura, di miglioramento o di redistribuzione dei beni materiali e servizi. Ovviamente essi presuppongono l'esistenza di un sistema strutturato che permetta l'uguaglianza di accesso a tutti i cittadini.<sup>130</sup>

L'ordine costituzionale brasiliano conferisce pari dignità ai diritti di difesa e ai diritti a prestazioni materiali (diritti sociali a prestazioni). Il rapporto tra le categorie è di complementarità.

In Italia, allo stesso modo, la funzione dei diritti sociali secondo i costituenti è "rafforzare l'effettività dei diritti tradizionali: non dunque diritti a sé stanti e diversi, ma diritti la cui tutela è condizione per il pieno rispetto delle libertà individuali e collettive".<sup>131</sup> Se l'articolo 2 della Costituzione non precisa quali siano i diritti

<sup>129</sup> Supremo Tribunale Federale, sospensione di tutela anticipata n° 185-2, del Distretto Federale, relatore il Ministro Presidente Ellen Gracie, giudicata il 10 dicembre 2007.

<sup>130</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 219.

<sup>131</sup> CARETTI, Paolo. I diritti sociali nella Costituzione Italiana e gli strumenti di garanzia. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (coord.). *A eficácia dos direitos sociais. I*

“inviolabili” dell'uomo, l'interprete non è abilitato a scegliere in base alle sue opzioni ideologiche o a prefigurare inesistenti graduatorie di valore.<sup>132</sup>

### 2.3 Analisi critica della distinzione tra diritti fondamentali positivi e negativi. Influenza della teoria di Cass Sunstein e Stephen Holmes

È sempre più valorizzata la tesi di Holmes e Sunstein, autori dell'opera *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*, secondo la quale tutti i diritti fondamentali sono positivi.<sup>133</sup>

In questo senso, anche i diritti tradizionalmente definiti come negativi richiedono un tipo di pubblico servizio per la loro realizzazione.

Sunstein e Holmes argomentano che persino l'esistenza della proprietà privata, un classico diritto di libertà, considerato tipicamente negativo, dipende dall'azione pubblica, concretizzata in prestazioni fattuali come, per esempio, la creazione di una struttura normativa da parte dei giudici e legislatori e di un quadro di agenti pubblici (vigili del fuoco, poliziotti, ecc.). Identico argomento si applica, secondo gli autori, ad altre libertà tipicamente individuali come quelle di espressione, di contrattazione e, anche, rispetto al diritto di voto. Infine, tutti i diritti produrrebbero un costo finanziario da soddisfare essenzialmente attraverso i tributi.

In sintesi, la positività è, secondo gli autori, un elemento comune e concettuale dei diritti fondamentali.

Per molto tempo, tuttavia, questo non fu l'idea. Forse per ingenuità studiosi di Diritto difenderono, per molti anni, l'idea che i diritti di libertà e i diritti politici sono tipicamente negativi e che, per la stessa ragione, non sono fonte di spesa pubblica. Grave errore: “Tutti - anche i diritti negativi - hanno un costo, cioè, in realtà sono positivi.”<sup>134</sup> Tanto è vero che anche la libertà, o i diritti di, vengono colpiti dall'assenza

*Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/ Espanha/ Itália.* São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 54.

<sup>132</sup> PACE, Alessandro. *Problematica delle libertà costituzionali.* Parte generale. Padova: CEDAM, 2003, p. 17.

<sup>133</sup> Nella spiegazione di Luigi Ferrajoli, i diritti positivi consistono in “aspettative positive di prestazioni”, comprendendo “tutti i ‘diritti a’ comportamenti o prestazioni altrui: dai diritti patrimoniali di credito ai diritti sociali fondamentali”. (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto.* V. I. Bari: Laterza, 2007, p. 644).

<sup>134</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 339.

di risorse pubbliche. La manutenzione dello stesso apparato giudiziario e del sistema di pubblica sicurezza, tra gli altri necessari all'implementazione dei *civil rights*, posseggono un prezzo alto e hanno bisogno di essere finanziati attraverso un sistema tributario forte e agile.<sup>135</sup>

Pertanto, la distinzione giuridica tra diritti fondamentali positivi e negativi, che durerà per tanto tempo, è artificiosa.

È necessario rivedere la sua distinzione classica, strettamente fondata sul criterio della rilevanza economica, anche se si riconosca che “i diritti esistono solo dove c'è un flusso di bilancio che lo permetta”.<sup>136</sup>

Il problema del vincolo tra i diritti fondamentali e il bilancio sarà, in ragione della sua rilevanza, oggetto di analisi separata nel quarto capitolo di questo lavoro.

## 2.4 Il principio della dignità della persona umana e la diffusione dei diritti fondamentali

L'ampliamento delle posizioni soggettive tutelate nelle principali Costituzioni contemporanee si consegue non soltanto attraverso la codificazione di nuovi diritti, ma anche inserendo nel testo della carta costituzionale norme generali che si richiamano al riconoscimento della dignità e del libero sviluppo della persona.

Il riconoscimento del principio della dignità della persona rappresenta un'acquisizione relativamente recente, tipica delle costituzionalismo democratico e sociale.

Ha registrato un'ampia diffusione nelle Costituzioni degli Stati usciti dalla seconda guerra mondiale, in particolare Italia e Germania, e in numerose Dichiarazioni internazionali in materia di diritti, come la Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948<sup>137</sup>, la Convenzione americana dei diritti umani del 1969 e la

<sup>135</sup> SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil. Garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (coord.). **A eficácia dos direitos sociais. I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 25.

<sup>136</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights – why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999, p. 20, *apud* GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, p. 204.

<sup>137</sup> L'articolo 22 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1948 stabilisce: “Ogni individuo, in quanto membro della società, ha diritto alla sicurezza sociale, nonché alla realizzazione, attraverso lo sforzo nazionale e la cooperazione internazionale ed in rapporto con l'organizzazione e le risorse di ogni

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. La struttura della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione è particolarmente emblematica perchè riconduce alla dignità i molteplici diritti garantiti all'interno (civili, sociali e economici).<sup>138</sup>

Il riferimento a questo fatto è molto importante, perché significa che l'espressione ha assunto una dignità normativa.<sup>139</sup>

La dignità è il fondamento costituzionale di tutti i diritti strettamente connessi allo sviluppo della persona e delle sue relazioni sociali; dall'altro lato, esprime un principio supremo che caratterizza l'ordine costituzionale di un determinato paese e determina le finalità primarie che il sistema sociale e politico deve conseguire. Rappresenta, in un certo senso, la bussola che serve per interpretare il sistema costituzionale dei diritti civili, politici e sociali.<sup>140</sup>

Nella Costituzione della Repubblica Federativa del Brasile la dignità è stata inserita nell'articolo 1º, comma III, con il seguente testo:

TITOLO I

Dei Principi Fondamentali

Art. 1º La Repubblica Federativa del Brasile, formata dall'unione indissolubile degli Stati e Comuni e dal Distretto Federale, costituisce uno Stato Democratico di Diritto e ha come fondamenti:

I – la sovranità;

II – la cittadinanza;

III – la dignità della persona umana.

La Costituzione del 1988 fu la prima a includere un capitolo destinato ai principi fondamentali. La sua localizzazione, dopo il preambolo e prima dei diritti fondamentali, rivela l'intenzione del legislatore costituente di concedergli "la qualità di norme di base e informative di tutto l'ordine costituzionale, compresi i diritti fondamentali, che integrano anche ciò che si può denominare nucleo essenziale della Costituzione materiale".<sup>141</sup>

Il fatto di esser stata inserita nel novero dei principali fondamenti non impedisce, tuttavia, che la dignità della persona umana assuma inoltre l'aspetto di regola giuridica. In altri termini: anche se non si tratta di un diritto fondamentale, dalla dignità possono essere dedotte posizioni giuridico-fondamentali non scritte, anche di

---

Stato, dei diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla sua dignità e al libero sviluppo della sua personalità."

<sup>138</sup> ROLLA, Giancarlo. *La tutela costituzionale dei diritti*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007, p. 40-42.

<sup>139</sup> ALPA, Guido. *Trattato di diritto privato*. I principi generali. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006, p. 375.

<sup>140</sup> ROLLA, Giancarlo. *La tutela costituzionale dei diritti*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007, p. 42-44.

<sup>141</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 109.

natura non soggettiva, che fu, anzi, esplicitamente autorizzato dall'articolo 5<sup>o</sup>, comma 2<sup>o</sup>, della Costituzione brasiliana.<sup>142</sup> Nulla impedisce, inoltre, che dal principio della dignità siano dedotte autonomamente queste richieste, ossia, senza riferimento diretto a un altro diritto fondamentale, malgrado l'affermazione sia ancora vista con cautela dagli autori e dai giudici.<sup>143</sup>

La dignità fu riconosciuta anche dalla Costituzione italiana e "si può qualificare sia come principio generale, sia come clausola generale, sia come valore".<sup>144</sup>

Nel testo costituzionale trova menzioni esplicite e riferimenti impliciti. Le menzioni esplicite sono contenute nell'articolo 3, comma 1, che integra i principi fondamentali:

Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Si tratta di parità degli individui – anche gli stranieri - in ordine alla dignità sociale.<sup>145</sup>

La Costituzione italiana, quindi, accosta il principio di eguaglianza innanzi alla legge tanto all'affermazione della pari dignità sociale, quanto al riconoscimento

---

<sup>142</sup> Si trascrive il citato articolo della Costituzione della Repubblica Federativa del Brasile: "TITOLO II - Dei Diritti e Garanzie Fondamentali - CAPITOLO I – DEI DIRITTI E DOVERI INDIVIDUALI E COLLETTIVI - Art. 5<sup>o</sup> Tutti sono uguali dinanzi alla legge, senza distinzione di qualsiasi natura, garantendo ai brasiliani e agli stranieri residenti nel Paese l'inviolabilità del diritto alla vita, alla libertà, all'uguaglianza, alla sicurezza e alla proprietà, secondo i seguenti termini: [...] § 2<sup>o</sup> - I diritti e le garanzie espressi in questa Costituzione non escludono altri decorrenti dal regime e dai principi da essa adottati, o dei trattati internazionali ai quali la Repubblica Federativa del Brasile faccia parte."

<sup>143</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 102. Nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, la dignità, nella fase iniziale, è sempre stata collegata alle previsioni costituzionali; però, a partire dalla metà degli anni sessanta, il concetto è stato ampliato in maniera significativa, andando anche a coprire (sovrapponendosi o, più frequentemente, associandovisi) le estrinsecazioni del principio personalista. In: *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale*. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese. A cura di M. Bellocci e P. Passaglia. Disponibile su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), accesso il febb. 2010.

<sup>144</sup> ALPA, Guido. *Trattato di diritto privato*. I principi generali. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006, p. 376.

<sup>145</sup> La limitazione soggettiva contenuta nell'articolo 3, primo comma, della Costituzione fu rimossa dalla giurisprudenza costituzionale, che ne estese la portata anche agli stranieri, avendo riguardo tanto all'ingresso nel territorio quanto allo *status* di coloro che, regolarmente o irregolarmente, abitano in Italia. *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale*. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese. A cura di M. Bellocci e P. Passaglia. Disponibile em [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), accesso il febb. 2010.



dell'esigenza di conseguire anche un'eguaglianza sostanziale, rimuovendo gli ostacoli che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini.<sup>146</sup>

La dignità è correlata non soltanto alle condizioni formali e potenziali ma anche alle specifiche condizioni materiali in cui ciascuno può venirsi a trovare.<sup>147</sup>

Il presupposto essenziale per un'esistenza dignitosa e consapevole all'interno di una comunità è l'accesso ai servizi sociali. A questo riguardo si afferma anche che esiste un diritto universale a un reddito reale non misurato dal valore di mercato del soggetto.<sup>148</sup>

Per questa ragione si dice che il principio di dignità incide sul sistema delle relazioni economiche: non solo perché non sono ammissibili forme o modalità di esercizio dell'economia privata che danneggino la dignità umana ovvero si deve garantire al lavoratore una retribuzione sufficiente ad assicurare un'esistenza libera e dignitosa; ma anche in quanto si richiedono politiche economiche tali da non privare la persona di quel livello minimo di benessere e di capacità economica oltre il quale essa si troverebbe nell'impossibilità di poter comunque soddisfare i propri bisogni di base: vedendo, di conseguenza, compromessa la propria dignità umana. I diritti sociali e di assistenza sono una specificazione importante del principio di dignità; così come i diritti di organizzazione e di azione sindacali sono strumenti necessari per la sua salvaguardia.<sup>149</sup>

Le menzioni esplicite alla dignità sono contenute ancora nell'articolo 36 della Costituzione Italiana, ove si tratta della retribuzione del lavoratore, che deve assicurare alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa; nell'articolo 41, comma 2, ove compare come limite all'esercizio delle attività economiche.<sup>150</sup>

<sup>146</sup> ROLLA, Giancarlo. *La tutela costituzionale dei diritti*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007, p. 47.

<sup>147</sup> GIORGIS, Andrea. Diritti sociali. In: CASSESE, Sabino (coord.). *Dizionario di Diritto Pubblico*. V. III. Milano: Giuffrè, 2006, p. 1904-1905. L'idea di una vita dignitosa è intuitiva, malgrado l'idea di "ciò che è degno" sia in sé neutra. La lingua latina ci offre la caratura esatta: *dignum est* porta il significato del verbo *deceat* che indica "ciò che è bene", "ciò che è conveniente", "ciò che è adatto". (VINCENTI, Umberto. *Diritti e Dignità Umana*. Bari: Laterza, 2009, p. 111).

<sup>148</sup> ARTONI, Roberto. *Elementi di scienza delle finanze*. 4. ed. Bologna: Il Mulino 2005, p. 194.

<sup>149</sup> ROLLA, Giancarlo. *La tutela costituzionale dei diritti*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007, p. 46. Nel nostro *Dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e limites à tributação no Estado Democrático de Direito*, abbiamo avuto l'opportunità di discorrere sugli effetti perversi di una pressione tributaria eccessiva sulla dignità della persona umana, così come sul carattere strumentale dei tributi per la diffusione dei diritti fondamentali e del principio commentato.

<sup>150</sup> Secondo l'art. 41, "L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali." Una disposizione simile si trova nella Costituzione brasiliana, come si vede: "Art. 170. L'ordine economico, fondato sulla valorizzazione del lavoro umano e sulla libera iniziativa, ha lo scopo di assicurare a tutti un'esistenza degna, secondo i dettami della giustizia

La libera iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale e in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. Ovviamente, il giudice non si può ingerire delle scelte dell'imprenditore, che rimangono intangibili grazie al principio della libertà d'iniziativa economica sancito dall'articolo 41 Costituzione; però, può valutare la illegittimità di quelle scelte, ove esse appaiano in contrasto con i limiti dettati dall'articolo 41, comma 2 della Costituzione.<sup>151</sup>

Le menzioni implicite, nel senso che questo principio-clausola-valore è collegato ad altri principi o ad altri valori, si possono rinvenire già nell'articolo 1, in cui si sancisce la partecipazione del popolo alla sovranità, e nell'articolo 2, in cui si riconoscono e garantiscono i diritti inviolabili dell'uomo; ma anche nell'articolo 4, poiché il lavoro è un mezzo per assicurarsi una sopravvivenza e una vita dignitose; negli articoli che riguardano *status*, rispetto delle connotazioni individuali e sociali conesse con l'appartenenza a gruppi o minoranze (ad esempio, negli articoli 6 e 8); nelle disposizioni che riguardano l'invulnerabilità della persona (articolo 13), del domicilio (articolo 14), della corrispondenza (articolo 15); nelle disposizioni che riguardano la libertà di opinione e di stampa (articolo 21); nella disposizione che riguarda la capacità giuridica, la cittadinanza e il nome (articolo 22) o il potere impositivo (articolo 23), il diritto di difesa (articolo 24), le modalità della pena (articolo 27); nelle disposizioni che riguardano il ruolo della famiglia e i rapporti familiari (articoli 29, 30, 31), la salute e i trattamenti sanitari (articolo 32)<sup>152</sup>, l'acculturazione (articoli 33 e 34), il consumo e il risparmio (articoli 47).<sup>153</sup>

In ambedue i modelli, brasiliano e italiano, si constata la concreta esistenza di un valore univoco in ambiti geopolitici. Tutta l'attività dello Stato è orientata dal

---

sociale, osservati i seguenti principi: I – sovrannità nazionale; II – proprietà privata; III – funzione sociale della proprietà; IV - libera concorrenza; V - difesa del consumatore; VI - difesa dell'ambiente, anche mediante trattamento differenziato secondo l'impatto ambientale dei prodotti e servizi e dei loro processi di elaborazione e prestazione; VIII – ricerca dell'impiego; IX- trattamento favorito per le aziende di piccola dimensione costituite secondo le leggi brasiliane e che abbiano sede e amministrazione nel Paese. Paragrafo unico. È garantito a tutti il libero esercizio di qualsiasi attività economica, indipendentemente da autorizzazioni di organi pubblici, salvo nei casi previsti in legge.”

<sup>151</sup> ALPA, Guido. *Trattato di diritto privato*. I principi generali. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006, p. 386, 388 e 389.

<sup>152</sup> La salute, liberata dall'involucro della malattia e ricondotta al benessere della persona, “si è progressivamente presentata come il diritto che più caratterizza il rapporto tra libertà e dignità, viste talora in opposizione insanabile: la prima portatrice del valore dell'autonomia della persona, mentre la dignità sarebbe un veicolo di imposizione autoritaria di valori limitativi di quell'autonomia, tanto che qualche studioso statunitense ha enfatizzato a tal punto il conflitto tra libertà e dignità da costruire quest'ultima come una versione dell'onore nazista.” (RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, 2009, p. 267).

principio della dignità della persona umana, dovendo non solo astenersi da ingerenze nella sfera individuale che le siano contrarie, ma deve anche diffonderla, poiché contiene un aspetto positivo, è un *mandato di ottimizzazione*, per usare l'espressione di Robert Alexy.<sup>154</sup>

L'intangibilità del principio richiede, inoltre, alcune considerazioni specifiche.

Nella Legge Fondamentale della Germania la dignità, che è allo stesso tempo principio e diritto fondamentale, fu inserita nella categoria delle cosiddette "clausole di pietra". In tal modo, in forza dell'articolo 79, comma III, di quella Legge, costituisce un limite materiale esplicito al potere di riforma costituzionale.

Così non si verifica nella Costituzione brasiliana. Non si pensi, però, che la dignità si trovi senza protezione.

Sebbene non sia intangibile, visto che non è "clausola di pietra", la dignità della persona umana è considerata un limite materiale autonomo, anche se implicito, al potere di riforma della Costituzione, visto che integra la sua identità.<sup>155</sup>

In questo senso, né lo Stato può trasformare i suoi cittadini in oggetti di un potere immorale od oppressivo né il cittadino stesso, nell'esercizio della capacità di autodeterminazione, può lasciarsi ridurre a questa condizione.<sup>156</sup> Sotto questo aspetto, si ricorda il caso del lancio dei nani, giudicato dal Consiglio di Stato francese nel 1995. Il sindaco della città di Morsang-sur-Orge vietò l'attività conosciuta come *lancer de nain*, attrazione esistente in alcuni locali notturni della regione metropolitana di Parigi, che consisteva nel trasformare un nano in proiettile. Il locale, in liti consorzio con lo stesso nano, presentarono ricorso alla decisione presso il tribunale amministrativo, che annullò l'atto del sindaco per *excès de pouvoir*. La

<sup>153</sup> ALPA, Guido. *Trattato di diritto privato*. I principi generali. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006, p. 376.

<sup>154</sup> Dice Robert Alexy che il punto decisivo per la distinzione tra regole e principi è che i principi sono norme che ordinano che qualcosa sia realizzato nella maggior misura possibile, all'interno delle possibilità giuridiche e reali esistenti. Pertanto, i principi sono "mandati di ottimizzazione", caratterizzati dal fatto che possono essere rispettati in differenti gradi e che la misura del loro rispetto non dipende solamente dalle condizioni reali, ma anche da quelle giuridiche. I principi stabiliscono obblighi *prima facie*, che possono cedere gradualmente ad argomenti contrari, mentre le regole istituiscono obblighi che sono, o non, integralmente applicate, se si verificano i presupposti. (ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86)

<sup>155</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 122. Le cosiddette "clausole di pietra" rappresentano divieti materiali agli emendamenti alla Costituzione, come previsto nel suo articolo 60, comma 4, con il seguente contenuto: "§ 4º Non sarà oggetto di delibera la proposta di emendamento tendente ad abolire: I – la forma federativa di Stato; II – il voto diretto, segreto, universale e periodico; III – la separazione dei poteri; IV – i diritti e le garanzie individuali."

<sup>156</sup> Libera traduzione dell'articolo di François Rigaux, *Les attributs du droit de la personnalité face à l'intangibilité de la dignité humaine*. Alemanha: Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2002, p. 60.

decisione, tuttavia, fu corretta dal Consiglio di Stato, ristabilendo la proibizione, sulla base della dignità della persona umana che, in questo caso, prevalse sulla libertà di lavoro e sulla libertà imprenditoriale.<sup>157</sup>

Si conclude, quindi, non per l'impossibilità di stabilire restrizioni ai diritti e garanzie fondamentali, ma per il dovere che queste restrizioni non ultrapassino il limite, questo sì intangibile, imposto dalla dignità.<sup>158</sup>

In questo senso, si fa riferimento a una pronuncia della Cassazione penale di 28 febbraio 1995, sul caso Lambertini Padovani, che ha riconosciuto una sorta di "nucleo duro" del diritto della personalità, che non può essere inciso, come gli attributi comuni ed essenziali di ogni persona, senza distinzione di cultura, livello sociale e grado di civiltà, dalla sfera superiore di dignità.

Per quanto riguarda la Costituzione italiana il principio generale di proporzionalità è utilizzato anche per salvaguardare la dignità umana ogniqualvolta i pubblici poteri limitano o privano un individuo dell'esercizio di un diritto costituzionale.<sup>159</sup>

Per proporzionalità si intende la necessità di soddisfare l'interesse pubblico con la minore restrizione della libertà dei privati. L'importanza di questo principio ha trovato recentemente una nuova considerazione, alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza nazionale e comunitaria.<sup>160</sup>

Nella sentenza n. 509 del 2000 la Corte costituzionale, in maniera più analitica, ha stabilito che

il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è garantito ad ogni persona come un diritto costituzionalmente condizionato all'attuazione che il legislatore ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti. Bilanciamento che, tra l'altro, deve tenere conto dei limiti oggettivi che il legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone, fatto salvo, in ogni caso, quel nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità

<sup>157</sup> BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. Disponibile su: [/www.ammp.org.br/smmaster/inst/artigo/Artigo-6.pdf](http://www.ammp.org.br/smmaster/inst/artigo/Artigo-6.pdf). Visitato il 30 maggio 2010.

<sup>158</sup> Nell'espressione di Wilson Antônio Steinmetz, il principio della proporzionalità ha lo scopo di salvaguardare la dignità della persona umana. Nell'ipotesi di conflitto, ciò che è dignità umana – e la sua violazione o non violazione – risulta dall'applicazione di questo principio. (STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 165).

<sup>159</sup> ROLLA, Giancarlo. **La tutela costituzionale dei diritti**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007, p. 46.

<sup>160</sup> COGLIANI, Solveig. **Il principio di proporzionalità in Italia ed in Europa: la tutela dinanzi al giudice amministrativo**. Padova: CEDAM, 2008, p. 1.

umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto.<sup>161</sup>

Così, la definizione dei contenuti di questo principio – clausola – valore, non potendosi rinvenire nei testi normativi, è affidata all'interprete. Il compito definitorio è stato assolto dalla giurisprudenza, più che dalle analisi dottrinali.

Pertanto, è alla giurisprudenza ordinaria che occorre guardare per apprezzarne appieno il significato e la rilevanza.

Sono infatti numerose le formule impiegate dai giudici ordinari nelle motivazioni delle pronunce che si possono ricondurre alla dignità (umana o sociale).

Se ne registra una maggior frequenza di applicazione negli ultimi decenni, tanto in Italia come in Brasile.

La dignità è diventata una delle clausole generali più utilizzate dalla giurisprudenza per delimitare l'area degli interessi apprezzabili in cui è coinvolto l'individuo, soprattutto in materia di salute, come citato, e integrità della persona.

Si intende che la dignità umana deve proteggere l'intero percorso vitale della persona, dal momento in cui essa acquisisce una personalità giuridica sino al momento in cui si determina, sotto il profilo legale, la morte.<sup>162</sup>

La Corte costituzionale, secondo pronunce n. 175 del 10 novembre 1982, ha rilevato che indubbiamente il bene afferente alla salute va ricompreso fra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione, assurgendo l'infermo alla dignità di legittimo utente di un pubblico servizio, cui ha pieno e incondizionato diritto e che gli viene reso, in adempimento di un inderogabile dovere di solidarietà umana e sociale, da apparati di personale e di attrezzature a ciò strumentalmente preordinati e che in ciò trovano la loro stessa ragion d'essere.

C'è ancora una pronuncia della Suprema Corte della sezione del lavoro del 29 novembre 1985, n. 5977, che è una sorta di "manifesto" in materia di dignità:

La tesi aristotelica, secondo cui vi sono uomini nati per comandare e uomini nati per obbedire è superata da più di duemila anni, per cui il lavoratore offeso nella sua dignità di uomo ben può chiedere la risoluzione del rapporto e il risarcimento dei danni che ne derivano. La dignità del lavoratore è l'estrinsecazione della persona umana nella caratteristica che le è propria di ordinare le sue azioni al più alto grado di compimento, in vista di uno scopo comune, quale sviluppo del consorzio di vita economica, sociale e spirituale in cui vive, affinamento della propria coscienza e capacità di esteriorizzare,

<sup>161</sup> **La dignità dell'uomo quale principio costituzionale.** Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese. A cura di M. Bellocci e P. Passaglia. Disponibile su: [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Visitato nel febb. 2010.

<sup>162</sup> ROLLA, Giancarlo. **La tutela costituzionale dei diritti.** 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007, p. 46.

anche solo con il comportamento, il principio di elevazione morale, insito in ogni uomo. La prestazione di lavoro è impossibile in una condizione di disprezzo di essa, di disprezzo della persona che la rende, di disprezzo degli uomini che vi attendono, e, quindi, in una condizione di costrizione ad eseguirla senza dignità e senza libertà, pena la disoccupazione in caso di rifiuto.<sup>163</sup>

Per tutto quanto esposto, si può concludere che la dignità rappresenta un *minimum* invulnerabile di tutte le persone, dunque la natura universale, indipendentemente dal loro *status* di cittadinanza e dalla traiettoria del loro percorso di vita.<sup>164</sup>

Superato il nucleo di base del principio della dignità della persona umana, è naturale che esistano differenti concezioni sul significato di dignità e, specialmente, di come essa può essere raggiunta. Tuttavia,

se la società non è capace di riconoscere a partire da che punto le persone si incontrano in una situazione indegna, cioè, se non esiste consenso rispetto al contenuto minimo della dignità, si sarà di fronte a una crisi etica e morale di tali proporzioni che il principio della dignità della persona umana si sarà trasformato in una formula completamente vuota, un segno senza significato corrispondente.<sup>165</sup>

<sup>163</sup> ALPA, Guido. *Trattato di diritto privato*. I principi generali. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006, p. 392.

<sup>164</sup> ROLLA, Giancarlo. *La tutela costituzionale dei diritti*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007, p. 44-45. Opportune alle lezioni di Eligio Resta sul diritto fraterno: "Il diritto fraterno, dunque, mette in evidenza tutta la determinatezza storica del diritto chiuso nell'angustia dei confini statali e coincide con lo spazio di riflessione legato al tema dei diritti umani, con una consapevolezza in più: che l'umanità è semplicemente luogo "comune", solo all'interno del quale si può pensare riconoscimento e tutela." (RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Bari: Laterza, 2007, p. XII).

<sup>165</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.197.

## CAPITOLO 3 – DEI DIRITTI SOCIALI

**3.1** L'essenzialità e il significato dei diritti sociali. **3.2** La giustiziabilità dei diritti sociali. **3.3** I diritti sociali e la tesi del costo dei diritti. **3.4** I conflitti dei diritti derivanti dalla scarsità di risorse. **3.5** "La giudizializzazione" dei rapporti sociali in Brasile. **3.5.1** Delle sentenze additive.

### 3.1 L'essenzialità e il significato dei diritti sociali

L'essenzialità dei diritti sociali fu per molto tempo contestata sia in Italia che in Brasile e anche in altri ordinamenti giuridici.

Gli autori che si oppongono al loro riconoscimento come autentici diritti fondamentali abitualmente sostengono che la maggior parte dei diritti sociali è enunciata per mezzo di norme programmatiche e che per questo sono sprovvisti di vincolo giuridico, rappresentando un mero appello alle istanze politiche.<sup>166</sup> Ci sono anche quelli che riducono il loro carico di essenzialità appena al cosiddetto *minimo esistenziale*.<sup>167</sup>

È possibile affermare che tale discussione è superata. Oggi si sa che i diritti sociali rientrano a pieno titolo nel novero dei diritti fondamentali e che costituiscono anche "elementi qualificanti la forma di Stato (Stato sociale democratico di diritto), per cui sono anche principi orientatori dell'attività dello Stato".<sup>168</sup>

Da ciò la duplice natura dei diritti sociali, i quali rappresentano, nel medesimo tempo, diritti veri e propri e disposizioni costituzionali di principio.

<sup>166</sup> Come il riconoscimento legislativo dei diritti sociali è avvenuto all'interno di ordinamenti di modello liberale, è comprensibile la tendenza, comune tra i giuspubblicisti dell'epoca, a considerare tali diritti meramente come espressione di scelte di legislatori ispirati a principi politici di giustizia sociale, e a giudicarli privi di una loro specificità istituzionale. (ROVAGNATI, Andrea. **Sulla natura dei diritti sociali**. Giappichelli: Torino, 2009, p. 16). Secondo Baldassarre, in Italia, nel corso degli anni '50, la Corte di Cassazione sposò la tesi relativa alla programmaticità di tutte le norme costituzionali, ma questa fu abbattuta, come si vedrà, dalla Corte costituzionale (BALDASSARRE, Antonio. La normatività della Costituzione e i suoi "nemici". **Rivista di Diritto Costituzionale**, Torino, Giappichelli, 1996, p. 10).

<sup>167</sup> È il caso di Ricardo Lobo Torres, secondo il quale ai diritti sociali manca l'essenzialità, salvo quando rappresentano il minimo necessario all'esercizio della libertà. L'autore riduce, pertanto, la fondamentalità dei diritti sociali al cosiddetto *minimo esistenziale*. (TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia**. V. III. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 169 e seguenti).

<sup>168</sup> ROLLA, Giancarlo. **La tutela costituzionale dei diritti**. V. III. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007, p. 26.

Nella Costituzione italiana, i diritti sociali possono essere ricondotti sia all'articolo 2, che riconosce i diritti inviolabili della persona, sia all'articolo 1, il quale qualifica il carattere repubblicano dello Stato, che all'articolo 3.<sup>169</sup>

I diritti sociali, al pari delle libertà fondamentali, sono sottratti alla disponibilità non solo del legislatore ordinario ma anche a quella del legislatore costituzionale.

Anche per quanto riguarda la Costituzione brasiliana non vi sono dubbi che l'opzione del legislatore fu quella di considerare i diritti sociali come autentici diritti fondamentali, sia nell'aspetto formale o materiale, tanto è vero che la maggior parte di questi diritti è prevista nell'articolo 6 della Costituzione, che integra il Titolo II, riservato ai diritti e alle garanzie fondamentali.

L'esame degli articoli 1 e 3 del testo costituzionale, relativi ai fondamenti e agli obiettivi della Repubblica Federativa del Brasile, rivela che i diritti sociali sono anche materialmente fondamentali.

Pertanto, hanno una protezione rafforzata contro un'eventuale riforma. Nell'articolo 60, paragrafo 4 della Costituzione federale, constano le cosiddette "clausole di pietra", con il seguente testo:

Art. 60. La Costituzione potrà essere emendata mediante proposta:  
 I – di, come minimo, un terzo dei membri della Camera dei Deputati o del Senato Federale;  
 II - del Presidente della Repubblica;  
 III – di oltre la metà delle Assemblee Legislative delle unità della Federazione, manifestandosi, ognuna, per maggioranza relativa dei loro membri.  
 § 4º - Non sarà oggetto di delibera la proposta di emendamento tendente ad abolire:  
 I – la forma federativa dello Stato;  
 II – il voto diretto, segreto, universale e periodico;  
 III – la separazione dei poteri;  
 IV – i diritti e garanzie individuali.

Di conseguenza, il legislatore non possiede una libertà illimitata di conformazione nel procedere alla riforma della Costituzione, sia in ragione

---

<sup>169</sup> ROLLA, Giancarlo. *La tutela costituzionale dei diritti*. V. III. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007, p. 26. Gli articoli 1, 2 e 3 della Costituzione italiana enunciano che: "1 L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione"; "2 La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale"; "3 Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese."



dell'identità, sia in ragione della posizione gerarchica della Costituzione nell'ordine giuridico.<sup>170</sup>

I diritti fondamentali, secondo il citato articolo, costituiscono limiti materiali espliciti. Tuttavia,

continua controversa l'inclusione di tutti i diritti fondamentali nell'elenco dei limiti materiali (espliciti o impliciti), visto che la Costituzione, nel suo articolo 60, § 4º, comma IV, si riferisce ai 'diritti e garanzie individuali' e ciò ha creato, da parte di non pochi studiosi, un rifiuto (o, perlomeno, una certa riserva) rispetto alle condizioni di limiti materiali alla riforma costituzionale da parte dei diritti fondamentali sociali.<sup>171</sup>

Pensiamo che, se le dette "clausole di pietra" proteggono proprio "l'insieme di beni costituzionali essenziali alla preservazione dell'identità della Costituzione", per forza comprendono anche i diritti fondamentali sociali. La protezione dev'essere massima, nel senso che deve comprendere tutti i diritti fondamentali, anche quando al di fuori del Titolo II.<sup>172</sup> Il Supremo Tribunale Federale si sta posizionando per conferire un'interpretazione estensiva alla categorie delle "clausole di pietra", inserendo in esse i diritti fondamentali sociali.<sup>173</sup>

Anche la giurisprudenza e la dottrina italiane contemporanee prevalenti riconoscono ai diritti sociali (quale che essi siano) il carattere di diritti inviolabili o fondamentali.<sup>174</sup>

---

<sup>170</sup> SARLET, Ingo. Os direitos fundamentais sociais como "cláusulas pétreas". *Revista de Interesse Público*, Porto Alegre, n. 17, 2003, p. 59. Per quanto riguarda la questione dell'identità della Costituzione, Vergottini riferisce che essa può essere definita come "un insieme di principi ideali e principi organizzativi e procedurali. I principi ideali (ideologie) variano. [...] Tutti quei principi che assumono una portata particolarmente qualificante e che si considerano intangibili anche ad opera di un legislatore che volesse revisionare la costituzione sono considerati come valori, valori che una volta costituzionalizzati sono giuridici oltre che etici. Ecco perché oggi la concezione garantista non implica unicamente una disciplina positiva dell'organizzazione e del funzionamento dello stato e dei rapporti fra potere politico e cittadini, ma presuppone l'accettazione di una serie di principi-valori che giustificano l'ordinamento e non sono considerati modificabili né in sede di revisione, né in seguito alla messa in opera di rapporti negoziati con la chiesa cattolica (concordato), né in seguito all'adesione a organizzazioni internazionali e alla stessa Unione europea." (VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto costituzionale*. 6. ed. Padova: CEDAM, 2008, p. 12-13).

<sup>171</sup> SARLET, Ingo. Os direitos fundamentais sociais como "cláusulas pétreas". *Revista de Interesse Público*, Porto Alegre, n. 17, 2003, p. 65-66.

<sup>172</sup> SARLET, Ingo. Os direitos fundamentais sociais como "cláusulas pétreas". *Revista de Interesse Público*, Porto Alegre, n. 17, 2003, p. 73.

<sup>173</sup> Nell'azione diretta di incostituzionalità n° 939, il Ministro del Supremo Tribunale Federale Carlos Velloso fece riferimento ai diritti sociali come appartenenti alla categoria dei diritti e garanzie individuali, pertanto, immutabili, mentre il Ministro Marco Aurélio affermò che i diritti sociali si inseriscono tra i diritti individuali previsti nell'articolo 60, comma 4 della Costituzione federale.

<sup>174</sup> Secondo Andrea Giorgis, "la dottrina è pressoché unanime nel riconoscere ai diritti sociali (quale che essi siano) il carattere di diritti inviolabili e/o fondamentali". (GIORGIS, Andrea. Diritti sociali. In: CASSESE, Sabino (coord.). *Dizionario di Diritto Pubblico*. V. III. Milano: Giuffrè, 2006, p. 1910). Rispetto alla tutela della salute è importante menzionare che l'articolo 32 della Costituzione italiana, inizialmente considerato soprattutto nell'aspetto pubblicistico, in quanto espressivo di un interesse

Stabilito questo punto, si vuole abbozzare una nozione di diritti sociali. Malgrado la prima parola che viene alla mente sia “prestazione”, essa non è un requisito, come molti pensano, per la demarcazione di questa categoria. Non sono appena i diritti sociali che posseggono una dimensione di prestazione. Non sarà, così, questa la loro nota distintiva.

È innegabile che i diritti sociali consistono principalmente in aspettative positive di prestazione, ma includono anche aspettative negative di non lesione. In questo senso, il diritto alla salute, per esempio,

include non solo il diritto all'assistenza sanitaria in caso di malattia, ma anche quello a non essere danneggiati o minacciati nella salute da inquinamenti atmosferici o da adulterazioni alimentari. Il diritto all'istruzione include non solo il diritto a ricevere un'istruzione gratuita, ma anche quello a non essere discriminati, nella scuola, per ragioni di sesso o di nazionalità.<sup>175</sup>

Mentre alcuni autori tendono a indicare i soli diritti, per lo più a prestazioni positive, che sono finalizzati ad attuare il principio di ugualianza sostanziale e che sono dunque riconosciuti ai soggetti, economicamente o socialmente più deboli, altri, invece, parlano sui diritti sociali per indicare quelle norme costituzionali che

prescrivono, in termine di doverosità, la protezione degli interessi relativi al conseguimento ed al godimento di beni essenziali per la vita degli individui. I ‘diritti sociali’ sarebbero, perciò – secondo costoro - tutte quelle norme di principio che individuano finalità pubbliche relativamente a determinati beni (quali, il lavoro, la salute, l'assistenza, la previdenza e l'istruzione) e al contempo fondano posizioni soggettive di vantaggio (alcune delle quali spettano agli individui più deboli, altre a ogni persona, indipendentemente dalla posizione sociale ed economica che occupa).<sup>176</sup>

---

della collettività, è stato in tal modo progressivamente valorizzato nel profilo che induce a considerare la salute anche quale oggetto di un diritto inviolabile dell'uomo, da inserire tra quelli garantiti dall'art. 2 della carta fondamentale. (Corte Suprema di Cassazione, Consiglio Superiore della Magistratura, 4 marzo 2009, incontro di studi sul tema “Profili problematici della tutela del diritto alla salute”).

Nell'affermazione di Luigi Ferrajoli, non solo il diritto alla salute, come “tutti i diritti fondamentali, incluso il diritto all'istruzione, sono sottratti non solo alle decisioni di maggioranza, ma anche al mercato: sono inviolabili e inalienabili, inalterabili e indisponibili. Stabilire normativamente un diritto fondamentale vuol dire perciò sottrarlo al mercato”. (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia**. T. 2, Bari: Laterza, 2007, p. 416-417). Sull'importanza della rigidità costituzionale per il controllo della maggioranza scrive Federico Sorrentino: “La rigidità costituzionale è una garanzia che si contrappone idealmente all'idea democratica, per la quale la maggioranza di oggi non può stabilire limiti alle maggioranze di domani. L'idea sottostante alla rigidità costituzionale è invece che, per aversi un libero gioco democratico, per evitare che la maggioranza che ha in mano il potere prevarichi e opprime le minoranze, impedendo loro di diventare in futuro maggioranza, siano necessarie norme sottratte alla maggioranza contingente e garanzie per la rigidità costituzionale stessa.” (SORRENTINO, Federico. **Le garanzie costituzionali dei diritti**. Lezioni raccolte da Roberta Calvano. Torino: Giappichelli Editore, 1998, p. 48).

<sup>175</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia**. V. II. Bari: Laterza, 2007, p. 398.

<sup>176</sup> GIORGIS, Andrea. Diritti sociali. In: CASSESE, Sabino (coord.). **Dizionario di Diritto Pubblico**. V. III. Milano: Giuffrè, 2006, p. 1903.

Altri autori ancora con l'espressione diritti sociali sogliono indicare anche i diritti che sono finalizzati a consentire a ciascun individuo la possibilità di esplicitare la propria naturale propensione a consolidare relazioni sociali, nonché i diritti delle formazioni e delle comunità sociali.<sup>177</sup>

Riteniamo che i diritti fondamentali sociali hanno lo scopo di garantire la libertà fattuale, dato che la condizione della libertà è l'eguaglianza.<sup>178</sup>

L'oggetto tipico dei diritti sociali è il cosiddetto "minimo di esistenza materiale" (*materielle Existenzminimum*), come misura di minor grado di protezione nelle aree di educazione e sanità, per esempio.<sup>179</sup>

Ciò, tuttavia, non significa che uno Stato possa rassegnarsi a offrire sempre prestazioni minime ai propri abitanti. È obbligato a diffondere l'incremento delle condizioni di vita oltre questo livello. I diritti non possono essere screditati: devono essere presi sul serio. La garanzia di un minimo sociale è destinata a evitare la perdita della funzione del diritto fondamentale, in modo che esso non risulti privo di contenuto.<sup>180</sup>

Siccome lo Stato democratico di diritto è anche uno Stato sociale,

i diritti economici, sociali e culturali (o i diritti che in essi sono compresi) possono e devono essere dilatati o aggiunti oltre a dove si trovino in un determinato momento storico – precisamente alla misura che la solidarietà, lo sviluppo delle persone, la coscienza della necessità di correzione delle disuguaglianze (come si vuole) stanno crescendo e penetrando nella vita giuridica. Dato che questi diritti (o la gran parte di essi) emergono come strumentali rispetto ai diritti, libertà e garanzie, non esiste motivo di temere per la libertà: purché non si perda, in nessun caso, il punto fermo

<sup>177</sup> GIORGIS, Andrea. Diritti sociali. In: CASSESE, Sabino (Coord.). *Dizionario di Diritto Pubblico*. V. III. Milano: Giuffrè, 2006, p. 1903-1904.

<sup>178</sup> Luigi Ferrajoli evidenzia il fatto che "L'umanità è oggi, nel suo insieme, incomparabilmente più ricca che in passato. Ma è anche, se si ha riguardo a masse sterminate e crescenti di esseri umani, incomparabilmente più povera. Gli uomini sono certamente, sul piano giuridico, incomparabilmente più uguali che in qualunque altra epoca grazie alle innumerevoli carte, costituzioni e dichiarazioni dei diritti. Ma sono anche, di fatto, incomparabilmente più disuguali. L' 'età dei diritti', per usare di nuovo l'espressione di Norberto Bobbio, è anche l'età della loro più massiccia violazione e della più profonda e intollerabile disuguaglianza." (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. V. II. Bari: Laterza, 2007, p. 543).

<sup>179</sup> QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 49-50. In questo passaggio l'autrice fa riferimento alla teoria della "posizione minima definitiva", fissata da Gertrude Lübbecke-Wolff, *Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistung*, Baden-Baden, 1988, p. 161.

<sup>180</sup> Ancora secondo Cristina Queiroz, "Questo 'standard minimo incondizionale', che è fissato, in Germania, dalla giurisprudenza del Tribunale Costituzionale Federale, non dovrà, però, essere interpretato in modo restrittivo, prima di essere progressivamente fissato e diffuso sotto una prospettiva aperta e particolare." (QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não-reversibilidade dos direitos fundamentais sociais. Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 93).

rappresentato dai diritti, libertà e garanzie assicurati dalla Costituzione, quanto più solidarietà, più sicurezza e quanto più condizioni di libertà, più adesione alla libertà.<sup>181</sup>

In materia di diritti fondamentali sociali, la letteratura giuridica usualmente impiega le seguenti tecniche:

- come funzioni legislative (*Gesetzgebungsaufträge*),
- come determinazioni dei fini dello Stato (*Staatszielbestimmungen*),
- come funzioni costituzionali (*Verfassungsaufträge*),
- come principi direttivi (*Leitprinzipien*), o
- come “mandati di ottimizzazione” (*Optimierungsgebote*).<sup>182</sup>

### 3.2 La giustiziabilità dei diritti sociali

Il comma 1 dell'articolo 5 della Costituzione brasiliana enuncia che “Le norme che definiscono diritti e garanzie fondamentali hanno applicazione immediata.”

Succede, tuttavia, che questa applicabilità immediata avviene nella misura dell'efficacia di ciascuna di queste norme. Malgrado tutte le norme costituzionali posseghino efficacia, si distinguono per il grado.<sup>183</sup>

La questione rese celebre la tripartizione elaborata da José Afonso da Silva, in un'opera classica, secondo quanto segue:

1. Norme costituzionali di efficacia piena e applicabilità diretta, immediata e integrale;
2. Norme costituzionali di efficacia limitabile e applicabilità diretta, immediata, ma possibilmente non integrale;
3. Norme costituzionali di efficacia limitata, dichiarative di principi istitutivi od organizzativi e dichiarative di principi programmatici.<sup>184</sup>

<sup>181</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa anotada*. T. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 138-139.

<sup>182</sup> QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 64.

<sup>183</sup> Maria Helena Diniz fornisce una spiegazione didattica sulla questione, affermando che “Esiste una scala nell'intangibilità e negli effetti dei precetti costituzionali. [...] Tutte hanno giuridicità, ma sarebbe un'utopia considerare che hanno la stessa efficacia, poiché il loro grado di efficienza è variabile. Quindi, non esiste una norma costituzionale destituita dall'efficacia. Tutte le disposizioni costituzionali hanno concretamente la possibilità di produrre, alla loro maniera, gli effetti giuridici da esse perseguiti.” (DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 115).

<sup>184</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 86. Nel diritto italiano risulta che la nozione di norma programmatica fu sviluppata da Vezio Crisafulli, a partire dal dibattito sull'efficacia delle norme costituzionali. (CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Giuffrè, 1952, *apud* BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento. Uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São

Questa classificazione è adottata dalla giurisprudenza prevalente del Supremo Tribunale Federale.<sup>185</sup>

Il terzo gruppo, quello delle *norme di efficacia ridotta*, o si limitano a enunciare principi, come l'articolo 196 della Costituzione federale ("La salute è diritto di tutti e dovere dello Stato"), o schemi generali di strutturazione di istituzioni, organi o enti, come nel caso dell'articolo 91, comma 2 ("La legge regolerà l'organizzazione e il funzionamento del Consiglio di Difesa Nazionale"), lasciando al legislatore ordinario o ad altri organi di governo la sua realizzazione normativa che può, o meno, far riferimento a una legislazione futura.<sup>186</sup>

I diritti individuali sono enunciati secondo norme di applicabilità diretta e immediata, mentre le norme di definizione dei diritti sociali sono ancora, nella maggior parte, concepite come programmatiche.<sup>187</sup> Considerato ciò, la dottrina cerca meccanismi costituzionali e fondamenti teorici per "superare il carattere astratto e incompleto delle norme di definizione dei diritti sociali".<sup>188</sup> Esse configurano i diritti in modo incompleto, presentando bassa densità normativa.

In Italia, fin dall'entrata in vigore della Costituzione, la dottrina e la giurisprudenza si interrogano sulla definizione dei soggetti istituzionali che dovrebbero ritenersi giuridicamente obbligati a realizzare le condizioni di uguaglianza sostanziale, ovvero sulla definizione delle garanzie giurisdizionali che l'ordinamento predispone nei confronti dei diritti sociali di prestazione che i lavoratori e i soggetti economicamente o fisicamente più deboli vantano nei confronti dello Stato.

Sembra che il compito di determinare le forme, i modi e la misura, al di là del minimo essenziale, della concretizzazione di ogni simile pretesa soggettiva nei

Paulo: Malheiros, 2005, p. 39). Riccardo Guastini complementa dicendo che "una precisa linea di demarcazione tra norme di principio e norme programmatiche non vi è: le due categorie sfumano l'una nell'altra". (GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffrè, 1998, p. 355).

<sup>185</sup> MORAES, Guilherme Peña de. *Direito constitucional. Teoria da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006, p. 83.

<sup>186</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 84 e 123

<sup>187</sup> Viviana Molaschi, rifacendosi a R. Ferrara, dice che è innegabile il fatto che la nostra Costituzione si muova "eternamente sulla linea di confine fra norme programmatiche e norme immediatamente operative e quindi precettive", relativizzando molte delle sue statuizioni, ridotte a "spinte e stimoli di tipo orientativo". (MOLASCHI, Viviana. *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*. Torino: Giappichelli, 2008, p. 58-59).

<sup>188</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 140.

confronti dello Stato spetta, innanzitutto, al legislatore nazionale e regionale e, quindi, alla pubblica amministrazione dello Stato e delle regioni e agli enti locali.<sup>189</sup>

Secondo l'articolo 117, lettera "m" della Costituzione italiana, il dovere di determinare dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali è del legislatore nazionale. La competenza statale è esclusiva, sebbene circoscritta alla determinazione dei livelli essenziali.

Questa previsione costituzionale costituisce un vincolo per il legislatore statale e regionale, non solo sul piano del riparto di competenze normative "ma anche per ciò che concerne il *quid* delle prestazioni, che devono concretizzare, quantomeno, il 'contenuto essenziale' dei diritti costituzionalmente tutelati".<sup>190</sup>

La competenza statale in ordine alla tutela delle prestazioni essenziali concernenti i diritti civili e sociali non opera soltanto a livello legislativo, bensì anche a livello amministrativo.<sup>191</sup>

La questione è se quelli che sono giuridicamente obbligati non adempiono al suddetto obbligo, o l'adempiono in maniera inadeguata. In questa situazione, ci si domanda se i giudici possono porre rimedio alle omissioni totali o parziali dei pubblici poteri. Le risposte della dottrina e della giurisprudenza a questa domanda sono avanzate nel corso del tempo.

Sappiamo che ai giudici non è dato attuare come "legislatori positivi"<sup>192</sup>, non rispettando il principio della tripartizione dei poteri. Però, in materia di minimo

---

<sup>189</sup> GIORGIS, Andrea. Diritti sociali. In: CASSESE, Sabino (Coord.). *Dizionario di Diritto Pubblico*. V. III. Milano: Giuffrè, 2006, p. 1907.

<sup>190</sup> MOLASCHI, Viviana. *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*. Torino: Giappichelli, 2008, p. 167-168. La Corte costituzionale ha precisato che "il legislatore può legittimamente imporre agli enti autonomi vincoli alle politiche di bilancio (ancorché si traducano, inevitabilmente, in limitazioni indirette all'autonomia di spesa degli enti), ma solo, con disciplina di principio, per ragioni di coordinamento finanziario connesse ad obiettivi nazionali, condizionati anche dagli obblighi comunitari". Questi vincoli saranno considerati rispettosi dell'autonomia delle regioni e degli enti locali solo in via transitoria ed in vista degli specifici obiettivi di riequilibrio della finanza pubblica perseguiti dal legislatore statale. In altri termini, la legge statale può stabilire solo un limite complessivo, che lasci agli enti stessi ampia libertà di allocazione delle risorse fra i diversi ambiti e obiettivi di spesa. (VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale*. 6. ed. Padova: CEDAM, 2008, p. 739-740). In questo punto merita di essere trascritto il disposto dall'articolo 120, comma 2 della Costituzione italiana: "Il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica e dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali. La legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione."

<sup>191</sup> Secondo LUCIANI, Fabrizio; ROLLI, Renato. *Azione Amministrativa e Disciplina di Diritto Pubblico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 460.

esistenziale, sosteniamo che la libertà di conformazione del legislatore è relativa. Quando la violazione a diritti minimi è evidente e arbitraria, crediamo che l'intervento giudiziale sarà autorizzato.<sup>193</sup>

L'articolo 3, comma 2 e gli altri articoli della Costituzione italiana che in maniera puntuale riconoscono agli individui più svantaggiati i diversi diritti sociali all'uguaglianza sostanziale e ad una vita libera e dignitosa parrebbero infatti prescrivere ai giudici di ordinare alla pubblica amministrazione, che risulta preposta a garantire l'attuazione dello specifico principio costituzionale richiamato, di accollarsi il costo di detto bene o servizio, in maniera tale da assicurare, immediatamente, ai ricorrenti, l'effettivo esercizio del proprio fondamentale diritto.<sup>194</sup>

Infatti, la Corte costituzionale e i giudici comuni hanno ritenuto che la magistratura debba estrarre dalle disposizioni costituzionali scritte tutti i significati che in base alle regole della logica costituiscono loro possibili sviluppi e specificazioni.

La Corte d'Appello dell'Aquila, pochi anni dopo l'entrata in vigore della Carta costituzionale, nella pronuncia 24 ottobre 1950, proclamò che

costituirebbe un controsenso il poter supporre che una legge, anzi la legge fondamentale dello Stato, creata appositamente per determinare e per fissare i diritti e i doveri dei cittadini e, di conseguenza, additare e delimitare il campo e l'oggetto delle future leggi, non sia destinata ad una immediata e integrale attuazione, almeno fin dove ciò sia materialmente e giuricamente possibile.<sup>195</sup>

Quando si verifica che il legislatore non ha provveduto a definire neanche una minima articolazione amministrativa per il perseguimento dei diversi obiettivi

<sup>192</sup> È necessaria una breve spiegazione sul concetto, utilizzato con frequenza in Brasile. Significa che ai giudici non è permesso creare norme primarie, in sostituzione del legislatore. Quindi, se nel realizzare il controllo di costituzionalità non è possibile estrarre da una legge o da un atto normativo un' "interpretazione secondo la Costituzione", ai giudici resterà solo la possibilità di dichiararne la sua nullità. (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 16-17)

<sup>193</sup> La legittimità del controllo e l'intervento dei giudici in tema di politiche pubbliche richiede che sia presente "l'abusività governativa". Secondo Pedro Lenza, la violazione a diritti minimi deve essere evidente e arbitraria, come nel caso di spostamento del denaro destinato all'istruzione e alla sanità, in forza dell'articolo 34, comma VII, linea "e" della Costituzione brasiliana, per opere non necessarie come sono quelle di puro abbellimento. (LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 253). In questa materia, è opportuno citare il *principio della non esclusione del controllo giurisdizionale*, consacrato nell'articolo 5°, comma XXXV della Costituzione federale: "la legge non escluderà dall'analisi dei giudici lesione o minaccia al diritto."

<sup>194</sup> GIORGIS, Andrea. Diritti sociali. In: CASSESE, Sabino (Coord.). **Dizionario di Diritto Pubblico**. V. III. Milano: Giuffrè, 2006, p. 1908.

<sup>195</sup> GIORGIS, Andrea. Diritti sociali. In: CASSESE, Sabino (Coord.). **Dizionario di Diritto Pubblico**. V. III. Milano: Giuffrè, 2006, p. 1908.

sociali che il testo costituzionale prescrive siano realizzati dallo Stato, non sarebbe forse impossibile argomentare una responsabilità dello Stato.<sup>196</sup>

Sostenere diversamente sarebbe fare una interpretazione svalutativa della Costituzione, nel senso che le disposizioni costituzionali che riconoscono i diritti sociali a prestazioni positive non sono immediatamente applicabili, ovvero che l'intervento del legislatore sia giuridicamente indispensabile per definire il contenuto del diritto medesimo.

Pensare che la presenza di una puntuale disciplina legislativa sia una *condicio sine qua non* per l'effettiva azionabilità dei diritti sociali significherebbe, in ultima analisi, vanificare gran parte delle aspirazioni del diritto costituzionale contemporaneo. Affermare, in altri termini, l'esistenza di una riserva di legge anche in materia di definizione del contenuto costituzionalmente garantito del diritto di accedere ai beni e ai servizi essenziali significherebbe ribaltare la stessa *ratio* della riserva di legge: "quest'ultima, da strumento di garanzia dei diritti di libertà dei cittadini contro gli abusi dell'esecutivo, si tramuterebbe infatti in possibile strumento di abuso del legislatore contro i diritti dei più poveri".<sup>197</sup>

La dottrina, maggioritariamente, sostiene che

Attualmente non è possibile negare il carattere giuridico e, quindi, l'esigibilità e l'azionabilità dei diritti fondamentali, nella sua molteplice tipologia. È puramente ideologica, e non scientifica, la resistenza che ancora oggi si oppone alla realizzazione, per via coercitiva, dei cosiddetti diritti sociali. Anche i diritti politici e individuali affrontarono, come segnalammo, la reazione conservatrice fino al loro consolidamento finale. L'affermazione dei diritti fondamentali nel loro insieme, nella loro piena applicazione, viene riconosciuta nelle Carte Politiche più recenti, come si vede nell'articolo 2 della Costituzione portoghese e dal Preambolo della Costituzione brasiliana, proclamando che il paese è uno Stato democratico, 'destinato ad assicurare l'esercizio dei diritti sociali e individuali'.<sup>198</sup>

<sup>196</sup> GIORGIS, Andrea. Diritti sociali. In: CASSESE, Sabino (Coord.). **Dizionario di Diritto Pubblico**. V. III. Milano: Giuffrè, 2006, p. 1908-1909. Infine, "Anche se fondamentali e sanciti costituzionalmente, i diritti postulano sempre una legislazione d'attuazione, cioè il dover essere giuridico delle garanzie primarie rappresentate dai doveri corrispondenti, pena la loro indebita squalificazione come vuote declamazioni normative." (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto**. V. I. Bari: Laterza, 2007, p. 674). Lo stesso autore afferma che uno dei concetti centrali nella teoria dello stato costituzionale di diritto e uno dei vizi più gravi è quello di *lacuna*, che si verifica quando non osservato l'obbligo di produrre le norme giuridiche che soddisfano i diritti positivi costituzionalmente stabiliti oppure quando, "benché la costituzione preveda determinati diritti sociali, come il diritto alla salute o all'istruzione, non venga di fatto prodotta nessuna norma che disponga l'obbligo di soddisfarli e non siano istituiti gli apparati idonei alla loro soddisfazione nonché all'accertamento e alla riparazione delle loro violazioni". (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto**. V. I. Bari: Laterza, 2007, p. 684 e 691).

<sup>197</sup> GIORGIS, Andrea. Diritti sociali. In: CASSESE, Sabino (Coord.). **Dizionario di Diritto Pubblico**. V. III. Milano: Giuffrè, 2006, p. 1909.

<sup>198</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 102. Il dispositivo da egli citato, l'articolo 2 della Costituzione della



Uno dei dibattiti più importanti nel Diritto Costituzionale odierno è quello relativo al vincolo dei Poteri Esecutivo, Legislativo e Giudiziario ai diritti fondamentali. L'importanza del tema è presentata dalle diverse questioni relative alla giustizia sociale del Brasile, specialmente la storica concentrazione del reddito. Non si può non decidere. Si considera che, anche quando non vi sarà applicabilità diretta in favore del titolare di un diritto fondamentale, ci sarà

il vincolo immediato rispetto al legislatore, che deve procedere alla regolamentazione del diritto, e anche nei confronti dei tribunali che devono obbligare il legislatore a implementare i diritti sociali e, eventualmente, sopperire alla mancanza mediante il controllo di costituzionalità delle omissioni legislative, il mandato di ingiunzione e alle altre garanzie fondamentali.<sup>199</sup>

Tuttavia, anche se l'azionabilità di diritti fondamentali sociali viene riconosciuta<sup>200</sup>, non si può negare che la sua realizzazione è più complessa di quella delle altre categorie. Sono innumerevoli le prestazioni esigibili dallo Stato, sia nella forma di consegna di un bene o nella soddisfazione di un interesse. La sua piena operatività trova ancora grande resistenza, nonostante il riconoscimento dell'indole normativa di tali disposizioni. Non bastassero i limiti economici alla completa implementazione di questi diritti, che saranno abordati più dettagliatamente nel prossimo punto, esistono inoltre quelli di carattere politico. Si consideri come esempio la questione dell'adozione della miglior misura possibile del carattere medico preventivo, tra le diverse esistenti, per contenere una determinata epidemia. Fatta eccezione per i casi estremi d'inerzia o di inadeguatezza evidente dei

---

Repubblica portoghese, proclama che essa è "uno Stato di diritto democratico basato sulla sovranità popolare; nel pluralismo di espressione e organizzazione politica democratiche, nel rispetto e nella garanzia del compimento dei diritti e libertà fondamentali e nella separazione e interdipendenza dei poteri, in vista della realizzazione della democrazia economica, sociale e culturale e l'approfondimento della democrazia partecipativa."

<sup>199</sup> DIMOULIS, Dimitri. Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 84.

<sup>200</sup> Esistono, sicuramente, nella Costituzione autentici diritti sociali, concettualmente qualificabili come diritti soggettivi, che tutelano beni e interessi prontamente e direttamente esigibili. Molti di essi sono già diventati pienamente effettivi, creando, senza grande polemica, sia la loro esigibilità, sia il loro godimento immediato. Tra gli altri è possibile indicare: la giornata di lavoro di otto ore giornaliere (articolo 7, XIII della CF); la remunerazione del lavoro notturno superiore a quello diurno (articolo 7, IX della CF); il riposo settimanale e le ferie annuali remunerate (articolo 7, XV e XVII della CF); la licenza alla gestante (articolo 7, comma XVIII della CF); la pensione per la donna con trent'anni di servizio (articolo 201, comma 7, I della CF), ecc.

provvedimenti presi dallo Stato, tale decisione possiede un carattere eminentemente discrezionale, e quindi insindacabile in via giurisdizionale.<sup>201</sup>

Non a caso l'articolo 196 della Costituzione brasiliana non specifica quali politiche sociali ed economiche dovranno essere implementate per ridurre il rischio di malattie e per garantire l'accesso universale e ugualitario alle azioni e ai servizi per la diffusione, la protezione e il recupero della salute. La Costituzione italiana, allo stesso modo, non offre alcuna indicazione sull'organizzazione del servizio.<sup>202</sup> Siccome la delimitazione del contenuto di questo dovere di protezione non è interamente stabilito nella Costituzione, risulta difficile il controllo dell'insufficienza, eccetto a ciò che riguarda le esigenze minime, che saranno analizzate nel capitolo IV del presente studio.<sup>203</sup>

### 3.3 I diritti sociali e la tesi del costo dei diritti

Oggi,

semberebbe difficile anche solo immaginare, nell'Europa comunitaria (ma l'osservazione potrebbe essere estesa anche ad altri Stati del mondo occidentale e orientale), un ordinamento costituzionale che non fosse orientato ad attribuire prestazioni previdenziali, sanitarie, assistenziali e scolastiche a favore dei suoi membri.<sup>204</sup>

Lo Stato è un ente essenzialmente prestatore e quanto più numerose sono le norme costituzionali attributive dei diritti sociali, più intensa sarà l'esigibilità delle prestazioni.

La Costituzione Brasiliana fu particolarmente prodiga in questa materia.

Succede che la fornitura pubblica dei servizi sociali richiede una gamma di agenti e di atti materiali che li materializzino, affinché le norme costituzionali non cadano nel vuoto. Quest'attività possiede innegabilmente un costo.<sup>205</sup>

<sup>201</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 105.

<sup>202</sup> Neppure accenna ad una coesistenza o ad un concorso di pubblico e privato. (CORSO, Guido. *Pubblico e privato nel sistema sanitario*. In: FARES, Guerino (coord.). *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 17).

<sup>203</sup> QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não-reversibilidade dos direitos fundamentais sociais. Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 109-110.

<sup>204</sup> ROVAGNATI, Andrea. *Sulla natura dei diritti sociali*. Torino: Giappichelli Editore, 2009, p. 2.

<sup>205</sup> Uno degli aspetti sempre discussi nei regimi di *Welfare State* è l'elevato carico di tributi. Nonostante non sia adeguato stabilire un rapporto diretto tra il livello di carico tributario e il grado di servizi prestati dallo Stato, quest'associazione è inevitabile. (SCHMIDT, João Pedro. *Gestão de*

L'elemento costo fu, per molto tempo, considerato un elemento estraneo al Diritto, perché essenzialmente destinato alla Scienza Economica. Molto lentamente questa interpretazione si modificò, a causa dell'aumento eccezionale delle necessità pubbliche da soddisfare.

Si alterò, anche, durante la storia, la concezione sui diritti fondamentali, considerando la classica tipologia "positivo" e "negativo". Quest'evoluzione concettuale può essere divisa in cinque modelli teorici, secondo quanto segue:

- (I) modello teorico dell'indifferenza, in cui il carattere positivo della prestazione statale e il rispettivo costo erano totalmente ignorati dal pensiero giuridico;
- (II) modello teorico del riconoscimento istituzionale dei diritti a prestazioni e della loro positività, ma non della loro pronta esigibilità;
- (III) modello teorico dell'utopia: la critica ideologica e la nozione di spese illimitate uguagliarono i diritti negativi e positivi. La positività dei diritti sociali rimase riconosciuta, ma senza la considerazione dell'elemento costo;
- (IV) modello teorico di verifica della limitazione delle risorse: il costo assunse un carattere fondamentale, di tal forma che, conservata la tipologia positivo e negativo, si ha l'efficacia dei diritti sociali come dipendente della "riserva del possibile",<sup>206</sup>

---

políticas públicas: elementos de um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (orgs). **Direitos Sociais e políticas Públicas. Desafios Contemporâneos**. T. 7, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007, p. 1988).

<sup>206</sup> La *clausola della riserva del possibile* ha origine germanica (*Vorbehalt des Möglichen*). Fu concepita come un limite alle prestazioni statali positive, usualmente legate ai diritti fondamentali sociali, partendo dalla premessa che i diritti di libertà, considerati come meramente negativi, sono integralmente garantiti, cioè, senza vincoli di bilancio. L'espressione risultò da una decisione del Tribunale Costituzionale Federale tedesco - BVERFGE 33, 303 del 18 luglio 1972 -, che analizzò la questione della determinazione di restrizioni all'accesso di alunni al corso di Medicina Umana (Medicina e Odontoiatria) da parte di due università tedesche, di Amburgo e della Baviera, contrariando la realtà di vari paesi europei di accesso diretto e senza restrizioni. La prima università stabilì che i posti disponibili per i candidati tedeschi dovevano essere distribuiti nella proporzione del 60% secondo il *curriculum* del candidato e del 40% secondo l'anno di nascita, ma senza precisarne il numero. L'Università della Baviera, invece, determinò il limite di posti per alcune aree del sapere quando questo fosse strettamente necessario alla manutenzione del funzionamento regolare di un corso, vista la capacità delle installazioni dei *campus*. Questo è l'aspetto centrale. Il Tribunale Costituzionale tedesco intese che la limitazione di posti stabilita dall'Università della Baviera non era adeguata a causa del "suo effetto strettamente incisivo, poiché esso fa in modo che un numero maggiore o minore di candidati debba posticipare l'inizio del corso desiderato per un tempo più o meno lungo. [...] Candidati socialmente carenti non hanno le stesse possibilità, come i più abbienti, di trascorrere periodi più o meno lunghi di attesa o di tentare la realizzazione di un corso all'estero". Il Tribunale, tuttavia, ponderò che tale limitazione "passa per il fatto che la capacità disponibile non è sufficiente a ricevere tutti dovutamente qualificati alla formazione universitaria". Malgrado abbia

- (V) modello teorico dei costi dei diritti: rivela il superamento dei modelli precedenti, con il superamento della tradizionale tipologia positivo e negativo dei diritti fondamentali.<sup>207</sup>

In vista dell'oggetto del presente studio, i modelli II, IV e V richiedono un'analisi più dettagliata.

Il modello teorico n° II, denominato di riconoscimento, si riferisce alle situazioni giuridiche che, per pressione dei movimenti storici, furono inserite nei testi costituzionali come diritti economici, sociali e culturali, distinguendosi dalle libertà classiche per essere dipendenti di una attuazione positiva dello Stato. Si deve evidenziare che il riconoscimento della giuridicità di queste situazioni, in quel contesto storico, non implicava ancora il riconoscimento della sua efficacia o, più precisamente, della forza normativa delle norme costituzionali attributive dei diritti fondamentali.

Il quarto modello teorico è quello della verifica empirica della limitazione delle risorse pubbliche, la cui conseguenza fu la revisione di alcune politiche pubbliche deficitarie e, inoltre, il ruolo dello Stato che, sotto l'influenza del liberalismo sociale, si modificò, in cerca di equilibrio, in Stato sociale fiscale, una sintesi tra lo Stato di imposte (*Steuerstaat*) e lo Stato di prestazioni (*Leistungstaat*).<sup>208</sup>

La considerazione della realtà finanziaria dello Stato da parte degli operatori del diritto rafforzò l'interesse nella distinzione tra diritti fondamentali negativi e positivi.

Esiste un'interpretazione radicata secondo la quale la prima categoria implica una pura astensione, che "non costa nulla", ragion per cui solo i diritti positivi, usualmente identificati come diritti sociali, troverebbero limitazioni economiche.

Si deve ammettere che, in alcuni casi, le prestazioni positive, malgrado normatizzate, si rivelano materialmente impossibili a causa dell'esaurimento delle

---

dichiarato l'incostituzionalità della limitazione di posti dell'Università della Baviera, il Tribunale Costituzionale Federale Tedesco ha riconosciuto che esiste una limitazione fattuale, condizionata alla "riserva del possibile, nel senso che l'individuo può, razionalmente parlando, esigere dalla collettività. Questo dev'essere valutato prima di tutto dal legislatore, su sua responsabilità. Egli deve soddisfare, nell'amministrazione del suo bilancio, anche altri interessi della collettività, considerando le esigenze dell'armonizzazione economica generale". (SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; Timm, Luciano Benetti (org.). ***Direitos fundamentais. Orçamento e "reserva do possível"***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 169- 170).

<sup>207</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, p. 181-198.

<sup>208</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 15.

capacità di bilancio dei governi. Certamente queste situazioni devono essere evidenti e dimostrabili dinanzi ai giudici, ai quali compete la tutela dei diritti soggettivi negati all'individuo, con l'argomento della già citata "riserva del possibile".

Non si può dimenticare che il riconoscimento dell'esistenza di un diritto soggettivo è un *prius* rispetto a qualsiasi verifica delle sue reali possibilità di conseguimento, per il quale si dice semplicemente che la persona "ha diritto" a determinate prestazioni, *tout court*, indipendentemente da altri fattori.<sup>209</sup> In questo senso la discussione dei costi economici e finanziari come intralcio all'osservanza dei diritti fondamentali che esigono prestazioni statali positive è ammessa solo in via eccezionale, per rappresentare un'inversione dell'ordine naturale delle cose.

L'esame del quinto e ultimo modello teorico, quello dei costi dei diritti, si riconduce all'opera dei professori nordamericani Cass Sunstein e Stephen Holmes, intitolata *The cost of rights*, che è stata citata nel capitolo II del presente studio.

Partendo dalla premessa che i diritti fondamentali, compresi quelli tipicamente individuali, richiedono alcun tipo di prestazione da parte dello Stato per la loro realizzazione, questa teoria rompe la concezione tradizionale di considerare positivi tutti i diritti fondamentali.

In questo senso anche i diritti di libertà sarebbero danneggiati dall'assenza di risorse e, quello che è peggio, dalla necessità di scelte "tragiche" relative a chi servire e in che misura servire.

Come si è visto, le posizioni soggettive che suole ricondurre nell'ambito della categoria dei diritti sociali sono abbastanza ampie. L'ampiezza e la natura di tali prestazioni sono in buona parte determinate dalle decisioni politiche fondamentali e condizionate da fattori come la quantità delle risorse disponibili e la condizione complessiva della finanza pubblica. Si è, quindi, in presenza di diritti che risultano in qualche misura condizionati dalle scelte legislative.<sup>210</sup>

Ovviamente non si ammette l'arbitrio statale. La libertà di conformazione del legislatore è relativa, vista la necessità di preservazione del nucleo che caratterizza il *minimo esistenziale*.

Il Supremo Tribunale Federale ebbe occasione di pronunciarsi sulla questione dell'intervento dei giudici nelle politiche pubbliche, in via eccezionale,

<sup>209</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 193.

<sup>210</sup> ROLLA, Giancarlo. *La tutela costituzionale dei diritti*. V. III. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007, p. 26.

nell'analizzare il 29 aprile 2004 la ADPF (*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*) n° 45, proposta da un partito politico, contro il veto del presidente della repubblica al comma 2 dell'articolo 59 della Legge n° 10.707 del 30 giugno 2003 (Legge delle Direttive di Bilancio) che ha causato la diminuzione del minimo di risorse da applicare in azioni e servizi pubblici della sanità.

La ricca spiegazione esposta dal Ministro Celso de Mello, in decisione monocratica, merita la trascrizione:

'ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL'. LA QUESTIONE DELLA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEL CONTROLLO E DELL'INTERVENTO DEI GIUDICI PER QUANTO RIGUARDA L'IMPLEMENTO DI POLITICHE PUBBLICHE, QUANDO SI CONFIGURA L'IPOTESI DI ABUSIVITÀ GOVERNATIVA. DIMENSIONE POLITICA DELLA GIURISDIZIONE COSTITUZIONALE ATTRIBUITA AL SUPREMO TRIBUNALE FEDERALE.

INOPPONIBILITÀ DELL'ARBITRIO STATALE ALLA REALIZZAZIONE DEI DIRITTI SOCIALI, ECONOMICI E CULTURALI. CARATTERE RELATIVO DELLA LIBERTÀ DI CONFORMAZIONE DEL LEGISLATORE. CONSIDERAZIONI SULLA CLAUSOLA DELLA 'RISERVA DEL POSSIBILE'. NECESSITÀ DI PRESERVAZIONE, A FAVORE DEGLI INDIVIDUI, DELL'INTEGRITÀ E DELL'INTANGIBILITÀ DEL NUCLEO REALIZZATORE DEL 'MINIMO ESISTENZIALE'. FATTIBILITÀ STRUMENTALE DELLA 'ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO' NEL PROCESSO DI CONCRETIZZAZIONE DELLE LIBERTÀ POSITIVE (DIRITTI COSTITUZIONALI DI SECONDA GENERAZIONE).

[...]

L'azione costituzionale citata, considerato il contesto in esame, si qualifica come strumento idoneo e adatto a rendere possibile la concretizzazione delle politiche pubbliche, quando, previste nel testo della Carta Politica, così come avviene nel caso (EC 29/2000), non sono rispettate, interamente o parzialmente, dalle istanze governative destinatarie del comando inserito nella stessa Costituzione della Repubblica.

Questa eminente funzione concessa al Supremo Tribunale Federale mette in evidenza, in maniera particolarmente esplicita, la dimensione politica della giurisdizione costituzionale conferita a questa Corte, che non può esimersi dal gravissimo incarico di rendere efficaci i diritti economici, sociali e culturali – che si identificano, come diritti di seconda generazione, con le libertà positive, reali o concrete (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, affinché i giudici, per violazione positiva o negativa della Costituzione, non compromettano in modo inaccettabile l'integrità dello stesso ordine costituzionale:

IL MANCATO RISPETTO ALLA COSTITUZIONE – MODALITÀ DI COMPORTAMENTI INCOSTITUZIONALI DEL POTERE PUBBLICO.

- Il mancato rispetto alla Costituzione può avvenire sia mediante azione statale, sia mediante inerzia governativa. La situazione di incostituzionalità può derivare da un comportamento attivo del Potere Pubblico, che agisce o crea norme in disaccordo con quello che dispone la Costituzione, offendendo così i precetti e i principi che in essa sono inseriti. Questa condotta statale, che implica in un *facere*, crea l'incostituzionalità per azione.

- Se lo Stato non adotta le misure necessarie alla realizzazione concreta dei precetti della Costituzione, per renderli efficaci, operanti e realizzabili, astenendosi, di conseguenza, dall'adempiere il dovere di prestazione che la Costituzione gli impone, inciderà in una violazione negativa del testo costituzionale. Da questo *non facere* o *non praestare* risulterà l'incostituzionalità per omissione, che può essere totale, quando nessun

provvedimento viene adottato, o parziale quando è insufficiente la misura presa dal Potere Pubblico.

- L'omissione dello Stato – che non adempie, in misura maggiore o minore, l'imposizione dettata dal testo costituzionale – si qualifica come comportamento rivestito della maggior gravità politico-giuridica, dato che, mediante inerzia, il Potere Pubblico non rispetta la Costituzione, offende inoltre diritti che in essa si fondano e impedisce, per assenza di misure realizzatrici, la stessa applicabilità dei postulati e principi della Legge Fondamentale. (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *Tribunal Pleno*)

È certo che non è inserito, normalmente, nell'ambito delle funzioni istituzionali dei giudici – e, in particolare, in quelle di questa Suprema Corte, - il compito di formulare e di implementare politiche pubbliche (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, 'Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976', p. 207, punto n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), poiché, in quest'ambito, la funzione risiede, prima di tutto, nei Poteri Legislativo ed Esecutivo.

Tale incombenza, tuttavia, sebbene su basi eccezionali, potrà essere attribuita ai giudici, se e quando gli organi statali competenti, per mancato rispetto degli incarichi politico-giuridici di loro competenza, compromettano, con tale comportamento, l'efficacia dei diritti individuali e/o collettivi impregnati di struttura costituzionale, malgrado derivati da clausole rivestite di contenuto programmatico.

È necessario segnalare, in questo contesto – secondo quanto già emesso da questa Suprema Corte – che il carattere programmatico delle regole inserite nel testo della Carta Politica 'non può convertirsi in promessa costituzionale irresponsabile, pena il Potere Pubblico, frodando le giuste attese in esso depositate dalla collettività, sostituisca in modo illegittimo il rispetto del suo improcrastinabile dovere, per un gesto irresponsabile di infedeltà governativa a quello che determina la stessa Legge Fondamentale dello Stato' (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Conferisco, tuttavia, stabilite tali premesse, una significativa importanza al tema pertinente alla 'riserva del possibile' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, 'The Cost of Rights', 1999, Norton, New York), specialmente in sede di realizzazione e implementazione (sempre onerose) dei diritti di seconda generazione (diritti economici, sociali e culturali), il cui adempimento, da parte del Potere Pubblico, impone ed esige prestazioni statali positive concretizzatrici di tali prerogative individuali e/o collettive.

È che la realizzazione dei diritti economici, sociali e culturali – oltre a caratterizzarsi per la progressività del suo processo di realizzazione – dipende, in gran parte, da un inevitabile vincolo finanziario subordinato alle possibilità di bilancio dello Stato in tal modo che, dimostrata obiettivamente l'incapacità economico-finanziaria del soggetto statale, da esso non si potrà ragionevolmente esigere, considerata la citata limitazione materiale, l'immediata realizzazione del comando basato nel testo della Carta Politica.

In questa ipotesi, non si mostrerà lecito, tuttavia, al Potere Pubblico – mediante una manipolazione della sua attività finanziaria e/o politico-amministrativa – creare ostacoli artificiali che rivelino l'illegittimo, arbitrario e censurabile proposito di frodare, di frustrare e di rendere vano lo stabilire e il preservare, in favore della persona e dei cittadini, condizioni materiali minime di esistenza.

È, così, opportuno avvertire che la clausola della "riserva del possibile" – fatto salvo la necessità del giusto motivo obiettivamente valutabile – non può essere invocata dallo Stato allo scopo di esentarsi dal rispetto dei propri obblighi costituzionali, specialmente quando da questa condotta governativa negativa potranno essere annullati o persino annichiliti diritti costituzionali contenenti un significato essenziale.

Da ciò la corretta ponderazione di ANA PAULA DE BARCELLOS ('A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais', p. 245-246, 2002, Renovar): 'Riassumendo: la limitazione delle risorse esiste ed è una

contingenza che non si può ignorare. L'interprete dovrà prenderla in considerazione nell'affermare che qualche bene può essere giudizialmente preteso, come pure il magistrato, nel determinare la sua fornitura da parte dello Stato. D'altro canto, non si può dimenticare che lo scopo dello Stato nell'ottenere risorse per, successivamente, utilizzarle sotto forma di opere, prestazioni di servizi o qualsiasi altra opera pubblica, è esattamente quello di realizzare gli obiettivi fondamentali della Costituzione. La meta centrale delle Costituzioni moderne, e della Carta del 1988 in particolare, può essere riassunta, come già esposto, nella diffusione del benessere dell'uomo, il cui punto di partenza è quello di assicurare le condizioni della sua stessa dignità, che comprende, oltre alla protezione dei diritti individuali, condizioni materiali minime di esistenza. Nell'appurare gli elementi fondamentali di questa dignità (il minimo esistenziale), si staranno stabilendo esattamente gli obiettivi prioritari delle spese pubbliche. È solo dopo averli raggiunti che si potrà discutere, relativamente alle risorse restanti, in quali altri progetti si dovrà investire. Il minimo esistenziale, come si vede, associato alla definizione di priorità di bilancio, è capace di convivere in modo produttivo con la riserva del possibile.' Si osservi, inoltre, che le condizioni imposte dalla clausola di 'riserva del possibile' al processo di realizzazione dei diritti di seconda generazione – di realizzazione sempre onerosa – si traducono in un binomio che comprende, da un lato, (1) la ragionevolezza della richiesta individuale/sociale dedotta rispetto al Potere Pubblico e, dall'altro, (2) l'esistenza di disponibilità finanziaria dello Stato per la realizzazione delle prestazioni positive richieste.

È inutile che si accentui, considerando il compito governativo di rendere efficace l'applicazione dei diritti economici, sociali e culturali, che gli elementi che compongono il citato binomio (ragionevolezza della richiesta + disponibilità finanziaria dello Stato) devono configurarsi in modo affermativo e in situazione di cumulativa necessità, poiché, in assenza di uno qualsiasi di questi elementi, non si caratterizzerà la possibilità statale di realizzazione pratica di tali diritti.

Malgrado l'esposizione e l'esecuzione di politiche pubbliche dipendano da scelte politiche a carico di quelli che, per delega popolare, hanno ricevuto il mandato elettivo, è opportuno ricordare che, in quest'ambito, non si rivela assoluta la libertà di conformazione del legislatore e neppure quella di attuazione del Potere Esecutivo.

È che se tali Poteri dello Stato agiscono in modo irrazionale o procedono con la chiara intenzione di neutralizzare, compromettendola, l'efficacia dei diritti sociali, economici e culturali colpendo, come causa derivante da un'ingiustificabile inerzia statale o da un comportamento governativo abusivo, quel nucleo intangibile realizzatore di un insieme irriducibile di condizioni minime necessarie a un'esistenza degna e essenziali alla stessa sopravvivenza dell'individuo, si giustificherà, così come già precedentemente enfatizzato – e persino per ragioni fondate su un imperativo etico-giuridico -, la possibilità di intervento dei giudici per rendere fattibile, a tutti, l'accesso ai beni il cui godimento sia ingiustamente negato da parte dello Stato.

A tal proposito, sono estremamente pertinenti le osservazioni di ANDREAS JOACHIM KRELL ('Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha', p. 22-23, 2002, Fabris):

'La costituzione conferisce al legislatore un margine sostanziale di autonomia nella definizione della forma e misura in cui il diritto sociale deve essere assicurato, il cosiddetto 'libero spazio di conformazione' [...]. In un sistema politico pluralista, le norme costituzionali sui diritti sociali devono essere aperte per ricevere diverse concretizzazioni per quanto riguarda le alternative scelte periodicamente dall'elettorato. La valutazione dei fattori economici per una presa di decisione sulle possibilità e sui mezzi di realizzazione di questi diritti spetta, principalmente, ai governi e ai parlamenti.



Di regola, i giudici non devono intervenire nella sfera riservata a un altro Potere per sostituirlo in giudizi di convenienza e opportunità, desiderando controllare le opzioni legislative di organizzazione e prestazione, a meno che, eccezionalmente, quando non vi sia una violazione evidente e arbitraria, del legislatore, di incombenza costituzionale.

Tuttavia, ci sembra più necessaria la revisione del vetusto dogma della Separazione dei Poteri rispetto al controllo della spesa pubblica e della prestazione dei servizi fondamentali nello Stato Sociale, visto che i poteri Legislativo ed Esecutivo in Brasile si sono dimostrati incapaci di garantire un rispetto razionale dei rispettivi precetti costituzionali.

L'efficacia dei Diritti Fondamentali Sociali a prestazioni materiali dipende, naturalmente, dalle risorse pubbliche disponibili; normalmente esiste una delega costituzionale perché il legislatore concretizzi il contenuto di questi diritti. Molti autori interpretano che sarebbe illegittima la conformazione di questo contenuto da parte dei giudici, per andare contro il principio della Separazione dei Poteri [...].

Molti autori e giudici non accettano, a tutt'oggi, un obbligo dello Stato di fornire direttamente una prestazione a ogni persona che necessiti di qualche attività di servizio medico, di istruzione, di abitazione o alimentazione. Né la dottrina, né la giurisprudenza hanno percepito la portata delle norme costituzionali programmatiche sui diritti sociali, né è stata data loro applicazione adeguata come principi-condizioni della giustizia sociale.

La negazione di qualsiasi tipo di obbligo da soddisfare, sulla base dei diritti Fondamentali Sociali, ha come conseguenza la rinuncia al loro riconoscimento come veri diritti. [...] In generale, sta crescendo il gruppo di quelli che considerano i principi costituzionali e le norme sui diritti sociali come fonte di diritti e obblighi e ammettono l'intervento dei giudici in caso di omissioni costituzionali.<sup>211</sup>

La questione dibattuta in questa ADPF è rimasta pregiudicata dopo l'invio al Congresso Nazionale da parte del presidente della repubblica di un progetto di legge dal quale è risultata la Legge Federale n. 10.777/2003, sullo stesso tema, che ha compreso il dispositivo vietato. Indipendentemente da questo risultato interessano i giudizi di valore suscitati dalla decisione, che ha messo in evidenza la dimensione politica della giurisdizione costituzionale del Supremo Tribunale Federale, ma anche la necessità che l'agente statale, "in modo giustificato e ampio, in procedimento proprio, con trasparenza e con dibattito, faccia la prova dell'impossibilità di soddisfare quanto stabilito, pena, nel non farlo, di incorrere in illecito da sanarsi attraverso i giudici."<sup>212</sup>

<sup>211</sup> La ADPF è un meccanismo speciale di controllo concentrato di costituzionalità, previsto nell'articolo 102, comma 1 della Costituzione federale, che permette che il STF analizzi il mancato rispetto delle norme fondamentali ("precetti fondamentali") dell'ordine giuridico. Fu disciplinata dalla Legge 9.882 del 03 dicembre 1999.

<sup>212</sup> LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord). *Jurisdição e direitos fundamentais*. V. I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 174.

### 3.4 I conflitti dei diritti derivanti dalla scarsità di risorse

Di fronte alla scarsità di risorse, le possibilità di conflitto tendono ad aggravarsi. Non sempre è possibile soddisfare gli interessi di tutti.

In queste situazioni l'utilizzo di risorse di bilancio disponibili è decisa mediante la ponderazione di principi giuridici. La tecnica della ponderazione autorizza che un principio prevalga su un altro, senza che questo debba essere annullato.<sup>213</sup>

Accade che, trattandosi di necessità collettive pubbliche, la soluzione trovata per il caso concreto, anche se possa sembrare la migliore o la più giusta o quella che consideri il maggior numero di persone, si rivela molte volte tragica per sacrificare alcuni diritti, perlomeno in qualche misura.<sup>214</sup>

Le scelte imposte dalla scarsità di risorse finanziarie contengono, innegabilmente, un contenuto etico, mettendo in evidenza quali valori sono veramente importanti per la società tra quelli che la costituzione ha giudicato indispensabili.

Si sa che

Quello che normalmente frustra l'efficacia di tale o quale diritto considerato come fondamentale non è l'esaurimento di determinate risorse preventivate, ma, al contrario, l'opzione politica (giusta o ingiusta, sindacabile giudizialmente o no) di non spendere denaro con quello stesso 'diritto'.<sup>215</sup>

Quando si preferisce impiegare le risorse per un determinato fine pubblico, invece di un altro, si dimostra non solo un impegno con questo fine, ma si decide anche di non avanzare, per mezzo della risorsa che è utilizzata, in tutte le altre direzioni possibili.<sup>216</sup>

Per esempio: in Brasile, indipendentemente dalla regione, richiamano l'attenzione le retribuzioni pagate a determinate categorie di agenti pubblici a

---

<sup>213</sup> Franco Batistoni Ferrara riconosce che "il rapporto tra risorse e bisogni è generalmente ineguale: non sempre le prime sono sufficienti a soddisfare integralmente i secondi, cosicché è indispensabile compiere scelte, talvolta ingrate, ispirate a scale di priorità." (FERRARA, Franco Batistoni; BELLÉ, Brunella. *Corso di Diritto Finanziario*. Padova: Cedam, 2005, p. 5).

<sup>214</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 159.

<sup>215</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 235.

<sup>216</sup> AMARAL, Gustavo; Melo, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais. Orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 101.

discapito di settori come l'istruzione, la sanità e la polizia. Sono segnali evidenti delle attuali priorità dello Stato.<sup>217</sup>

Le lacune primarie delle garanzie sociali non hanno nulla di inevitabile, sono il frutto di scelte politiche apertamente discriminatorie, in contrasto con il dettato costituzionale.<sup>218</sup> Per questo è che in tale campo le forme legittime di pressione della società civile si dimostrano decisive.<sup>219</sup>

Per quanto concerne il Sistema Unico Sanitario (SUS) brasiliano, notoriamente insufficiente, sorprende la rete di servizi creata per la prevenzione e il trattamento dell'HIV/AIDS, indicata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità come la più avanzata tra i paesi in via di sviluppo<sup>220</sup>, mentre altre malattie statisticamente più rappresentative ricevono servizi molto meno completi.

Trattandosi di accesso alla sanità, l'approccio della questione della scarsità è abbastanza delicato, inibendo i riferimenti a costi. L'aumento delle spese in quest'area e nella Previdenza Sociale, però, forza la discussione.<sup>221</sup>

Non si pensa, assolutamente, di non soddisfare queste richieste che, come sarà esposto più avanti, prevedono inoltre investimenti di carattere obbligatorio.

<sup>217</sup> Per questo c'è chi dice che la garanzia dei diritti sociali costituisce, prima di tutto, un problema distributivo e non un problema di scarsità. (NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 154).

<sup>218</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. V. II. Bari: Laterza, 2007, p. 401.

<sup>219</sup> Dans les démocraties contemporaines, le peuple joue un rôle politique de plus en plus important qui passe par la prise en charge directe des fonctions de législation et de contrôle. GOHIN, Olivier. La récente réforme de la Constitution. *Revue Politique et Parlementaire. La constitution: un jubilé em demi-teinte (1958-2008)*, Puteaux, 110e année, n° 1048, juillet/ septembre 2008, p. 60.

<sup>220</sup> L'esito del programma di trattamento dell'AIDS/HIV in Brasile si deve essenzialmente a tre elementi: alla natura stessa dell'epidemia, che si sviluppò nei diversi segmenti della società, non caratterizzandosi come una malattia legata alla povertà; all'apporto finanziario, che permise una parte importante delle azioni e delle strategie del Programma di MST/AIDS, e all'effettiva partecipazione della società civile organizzata, rappresentata da ONG, che influirono nella definizione dell'ordine del giorno politico del programma e parteciparono all'esecuzione delle rispettive azioni. Inoltre bisogna evidenziare che le politiche sanitarie per l'AIDS hanno dato priorità a tre assi di intervento: il controllo epidemiologico, la prevenzione e l'assistenza. L'articolazione delle azioni in questi tre campi fissò una caratteristica del Programma contro l'AIDS in Brasile: l'integralità delle azioni, responsabile per il suo successo. L'integralità è uno dei principi del SUS, che sostiene che "L'Uomo è un essere integrale, biopsicosociale e dovrà essere curato con questa visione integrale da parte di un sistema sanitario anch'esso integrale, diretto a diffondere, proteggere e recuperare la salute". (MACEDO, Larissa de Souza; ARAÚJO, Izamir Carnevali. *Políticas de HIV/AIDS no Sistema Único de Saúde: uma busca pela integralidade da atenção*. Disponibile su: <http://www.odontologia.com.br/artigos>. Visitato il 12 giugno 2010.

<sup>221</sup> Cinquanta per cento di tutto il bilancio destinato alla sanità nello Stato del Rio Grande do Sul sarebbe (nel 2007), per ordine giudiziale, impegnato per l'acquisto di farmaci, soprattutto per la lotta contro il cancro, secondo notizia divulgata dalla stampa. (AMARAL, Gustavo; Melo, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos*

L'essenzialità dei diritti sociali, soprattutto in materia di sanità, non è, in nessun modo, messa in discussione.

In realtà si tratta di cercare la miglior maniera di farlo, cioè, di ottenere “maggior efficienza”, per usare un'espressione economica.<sup>222</sup>

L'efficacia non è un valore solo per gli economisti o per il mercato, ma obbliga lo stesso Stato, secondo i termini dell'articolo 37 della Costituzione brasiliana e 97, comma 1, della Costituzione italiana.<sup>223</sup>

Ciò che si constata, in una prospettiva integrata di Diritto ed Economia, è che le risorse di bilancio ottenute attraverso i tributi sono scarse, mentre le necessità umane da soddisfare sono illimitate. Per questa ragione l'impiego delle risorse disponibili dev'essere realizzato in modo efficiente, al fine di poter attingere il maggior numero possibile di richieste.<sup>224</sup>

---

**fundamentais. Orçamento e “reserva do possível”.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 102).

<sup>222</sup> Secondo Massimo Luciani, “fra esigenze economico-finanziarie ed esigenze sociali il bilanciamento va comunque compiuto, e la nostra Costituzione impone che si tratti di un *bilanciamento ineguale*, o meglio ancora che non si tratti di un vero e proprio bilanciamento (che è sempre fra eguali), perché il fine (il soddisfacimento dei diritti sociali della persona) non può essere posto sullo stesso piano del mezzo (l'efficienza economica) [...] Bilanciamento ‘inequale’, poi, significa che il fine è sempre e solo il soddisfacimento dei diritti della persona, non mai l'efficienza economica in sé e per sé. Ciò non toglie che questa non possa essere sacrificata al di là di un limite ragionevole, che tuttavia non è identificato da improbabili calcoli sui bisogni delle generazioni future, ma dalla applicazione dei comuni principi di proporzionalità e non eccessività. [...] Non va dimenticato, poi, che spesso il bilanciamento non va compiuto fra le ragioni dell'economia e quelle dei diritti della persona, ma addirittura all'interno di questi ultimi. È ciò che accade quando, una volta che si siano determinate – grazie all'applicazione dei criteri ora ricordati – le risorse da destinare alla spesa sociale, si deve scegliere se soddisfare l'uno o l'altro bisogno. In questo caso, si applicheranno le usuali tecniche del bilanciamento, epperò stavolta ponendo, ovviamente, le situazioni da bilanciare su un piano di parità”. (LUCIANI, Massimo. **Sui diritti sociali**. In: Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso. V.I. Padova: CEDAM, 1995, p. 402-403).

<sup>223</sup> L'articolo 37 della Costituzione Brasiliana ha il seguente testo: “La Pubblica Amministrazione diretta e indiretta di qualunque Potere dell'Unione, degli Stati, del Distretto Federale e dei Comuni obbedirà ai principi di legalità, impersonalità, moralità, pubblicità ed efficienza [...]” Questo dispositivo è stato modificato dall'Emendamento Costituzionale n. 19/98, frutto di un progetto di governo di riformulazione della Pubblica Amministrazione, affinché la stessa acquisisse un carattere meno burocratico e più “gestionale”, diretta ai risultati. Indipendentemente dalla sua connotazione politica, il merito del progetto fu quello di ripensare alla già conosciuta efficienza come (mero) dovere della buona amministrazione, per progettarla come parametro di legittimazione degli atti del Potere Pubblico, passibile di verifica anche in via giudiziale.

L'articolo 97, comma 1 della Costituzione italiana stabilisce che “I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione”, esplicitato dall'articolo 1, L. N. 241/1990, come frutto della compenetrazione di diversi criteri, tra i quali l'efficienza, l'efficacia e l'economicità. (CARINGELLA, Francesco. **Compendio di diritto amministrativo**. Roma: DIKE Giuridica Editrice, 2008, p. 45).

<sup>224</sup> TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais. Orçamento e “reserva do possível”.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 56-57.

L'impegno dello Stato brasiliano con l'efficienza nel dispendio di risorse pubbliche è oggi un'imposizione costituzionale, come già evidenziato.

Si deve riconoscere che l'Economia offre contributi importanti al Diritto, per quanto riguarda

la pianificazione della spesa pubblica nel bilancio dello Stato, permettendo di stabilire priorità di spese sociali e fare scelte che, a volte, possono sembrare 'tragiche', ma sempre all'interno della realtà secondo cui esisteranno necessità sociali che non potranno essere raggiunte nella loro totalità da parte dei governi. E la spesa con priorità sociali, che soddisfino il maggior numero degli utenti più bisognosi, evitando gli sprechi, tenderà a essere la miglior soluzione e, pertanto, la più giusta.<sup>225</sup>

La programmazione dell'azione dello Stato, mediante la razionalizzazione delle risorse pubbliche, è una necessità dei tempi moderni, caratterizzati ancora dall'esplosione demografica e dall'aumento della speranza di vita.<sup>226</sup>

Per molti autori, però, la considerazione del costo dei diritti, soprattutto dei diritti sociali, è preoccupante; temono che diminuisca il vincolo dei pubblici poteri con la protezione di questi diritti.

In realtà, si cerca in questo modo di evitare che i diritti fondamentali diventino, "per inerzia del legislatore o per insufficienza momentanea o cronica di fondi statali, 'substrato di sogno, lettera morta, pretesa perennemente non realizzata'<sup>227</sup>, frustrando il sentimento di Costituzione. Si sa che la previsione normativa serve a poco se non esiste denaro disponibile per pagare la spesa che è insita all'assolvimento di molti diritti fondamentali.

<sup>225</sup> TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais. Orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 59.

<sup>226</sup> Per quanto riguarda la necessità di programmazione dell'azione statale, citiamo la critica formulata da Rogério Gesta Leal: "Così, si complicò la formattazione di azioni amministrative dello Stato che si preoccupassero di imprimere livelli di razionalità all'amministrazione pubblica degli interessi sociali, con pianificazione, programmazione, progetti e meccanismi di costituzione, esecuzione e valutazione del soddisfacimento delle richieste sociali emergenti. Al contrario, la Pubblica Amministrazione ha funzionato come se stesse tappando delle falle e creando soluzioni assolutamente palliative, e non preventive, ai problemi identificati (quando identificati, visto il generale diletterismo dei propri quadri tecnici), in modo endogeno e isolato dalla partecipazione sociale o dai suoi rappresentanti, acutizzando, tale quadro, il fatto di non esser riuscito a modernizzare in nessun modo le proprie strutture e forme operative di comportamenti ufficiali. (LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord). **Jurisdição e direitos fundamentais**. V. I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 162).

<sup>227</sup> KRELL, Andreas J. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais. In: SARLET, Ingo (org.) **A Constituição concretizada. Construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 57.

Invece di parlare in diminuzione di diritti o delle sue garanzie, si deve invece ridimensionare l'estensione di questa protezione, usando come parametro le condizioni economiche di ogni società. Si intende che "Il controllo dei costi permette di dare una maggior qualità alle tragiche scelte pubbliche rispetto ai diritti. Cioè, permette di scegliere meglio dove spendere le insufficienti risorse pubbliche".<sup>228</sup>

Un altro che merita una riflessione è che

Scarsità, divisibilità e omogeneità dei mezzi materiali sfidano la visione egualitaria del trattamento uguale per tutti. Il postulato egualitario di offrire tutto a tutti, come in Francia, dove esiste l'accesso universale all'asilo, può portare a un costo non fattibile (sostenibile) se, per esempio, venissero richiesti gli standard norvegesi di rapporto professore e area per bambino. Un dilemma somigliante lo possiamo vedere in Brasile, dove esiste un sistema pubblico all'istruzione che si espande per arrivare all'universalità, ma con uno standard inferiore al necessario per dare agli allievi pari opportunità, ma vi sono anche, parallelamente, isole d'eccellenza nella pubblica istruzione come, a Rio de Janeiro, le scuole della UERJ e della UFRJ, il collegio militare e il collegio navale e, ancora, il Collegio Pedro II. Tutti sono pagati con risorse pubbliche, ma offrono standard di istruzione molto più alti rispetto alle altre scuole pubbliche e l'offerta di posti segue un modello diverso dalle altre.<sup>229</sup>

Il Sistema Unico Sanitario brasiliano, istituito dalla Legge n. 8.080 del 19 settembre 1990, proponeva di prestare un trattamento integrale e universale alle azioni e servizi tendenti alla diffusione, protezione e recupero.<sup>230</sup>

Ma, secondo alcuni autori, la gratuità delle prestazioni pubbliche in quest'area è solo un'utopia che finì per disarticolare l'azione statale, in evidente perdita della protezione. Secondo loro, doveva essere obbligatoria la remunerazione

<sup>228</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, p. 205.

In Italia il compito dello Stato centrale sarebbe quello di "porre rimedio alle disparità tra le Regioni realizzando una corretta perequazione nella distribuzione delle risorse e sostenendo anche fattivamente, con interventi ed azioni *ad hoc*, le realtà più deboli; tuttavia questo compito è stato solo raramente espletato con efficacia mentre le diseguaglianze sono rimaste pressoché immutate se non, in alcuni casi, divenute più gravi." (VIOLINI, Lorenza. Regionalismo differenziato e utilizzazione dell'art. 116.3 Cost. (con particolare riguardo al regime dei diritti sociali. In: *Le istituzioni del federalismo. Regione e governo locale. Bimestrale di studi giuridici e politici della Regione Emilia-Romagna*, Rimini, Maggioli Editore, anno XXIX, gennaio-febbraio 2008, p. 87).

<sup>229</sup> AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 97.

<sup>230</sup> Si trascrivono gli articoli 196 e 198 della Costituzione federale: "Art. 196. La salute è diritto di tutti e dovere dello Stato, garantito mediante politiche sociali ed economiche che mirino alla riduzione del rischio di malattie e di altri danni e all'accesso universale ed egualitario alle azioni e servizi di diffusione, protezione e recupero della salute. [...]"; "Art. 198. Le azioni e i servizi pubblici sanitari integrano una rete regionalizzata e gerarchizzata e costituiscono un sistema unico, organizzato secondo le seguenti direttive: I - decentramento, con direzione unica in ogni sfera di governo; II - assistenza integrale, con priorità per le attività preventive, senza pregiudicare i servizi assistenziali; III - partecipazione della comunità."

della medicina curativa e del trattamento presso gli ospedali pubblici, a meno che si tratti di indigenti e poveri.<sup>231</sup> Da questo punto comincerebbe l'uguaglianza: Trattando differentemente i disuguali.<sup>232</sup> Il *welfare* di una società povera di risorse non può permettersi il lusso dell'universalismo che ha caratterizzato i sistemi dell'Europa occidentale a partire dagli anni sessanta.<sup>233</sup>

Altri, invece, intendono che,

dal punto di vista giuridico, tutti hanno questo diritto: ricchi e poveri, lavoratori, bambini, ecc. I servizi pubblici della sanità non possono stabilire nessun tipo di differenziazione. La persona umana, considerata come tale, è il soggetto di questo diritto.<sup>234</sup>

Nella Costituzione italiana, all'articolo 32 risulta che "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti."

Così, malgrado la garanzia alla salute sia riconosciuta a livello costituzionale a tutti, compresi gli stranieri immigrati clandestini<sup>235</sup>, la gratuità della medicina curativa prende in considerazione le condizioni economiche.

---

<sup>231</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia*. V. III. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 198.

<sup>232</sup> Questo ragionamento è tracciato da Sacha Calmon Navarro Coêlho, secondo quanto segue: "Siamo per una tributazione neutra e per una spesa selettiva, che corregga le disuguaglianze. In Brasile, v.g., lo Stato ha il dovere indeclinabile di offrire istruzione, sanità e sicurezza a tutti i poveri [...] e non a tutti i brasiliani (i ricchi hanno facile accesso a tutti i beni della vita senza necessità dello Stato, malgrado esso). Da qui inizia l'uguaglianza, trattando differentemente i diseguali." (COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 275).

<sup>233</sup> L'opinione è di Guido Corso, che cita altri servizi come non garantiti a tutti: "Istruzione, previdenza, assistenza e sanità sono accomunate in Costituzione da un approccio selettivo. La gratuità delle prestazioni non è garantita a tutti: ma solo ai capaci e meritevoli, che intendono accedere ai gradi più alti degli studi e sono 'privi di mezzi' (art. 34, comma 2); a coloro che sono 'sprovvisti dei mezzi necessari per vivere' e sono inabili al lavoro (l'assistenza di cui all'art. 38, comma 1); agli indigenti che hanno titolo alle cure gratuite (art. 32, comma 1)." (CORSO, Guido. Pubblico e privato nel sistema sanitario. In: FARES, Guerino (coord.). *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009, p. 18).

<sup>234</sup> BARZOTTO, Luís Fernando. Justiça social. Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista Direito e Justiça da Faculdade de Direito da PUCRS*, Porto Alegre, v. 28, ano XXV, 2003-2, p. 120.

<sup>235</sup> BALBONI, Enzo. Diritti sociali, sanità e prospettive del federalismo. In: FARES, Guerino (coord.). *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 96. Secondo la Cassazione civile, sezione III, 07 maggio 2009, n. 10504, "i diritti fondamentali come quelli alla vita, all'incolumità, ed alla salute, in quanto riconosciuti dalla Costituzione, non possono essere limitati da detto articolo; e la relativa tutela va quindi assicurata, senza alcuna disparità di trattamento, a tutte le persone, indipendentemente dalla cittadinanza, italiana, comunitaria od extracomunitaria (nella specie, la Corte ha respinto il ricorso avanzato dalla compagnia assicurativa designata alla liquidazione per conto del Fondo di garanzia: l'extracomunitario che invoca il risarcimento del danno per la morte del congiunto causata da un pirata della strada non ha bisogno di provare che nel suo Paese un italiano avrebbe ottenuto lo stesso trattamento.)"

Quest'aspetto deve essere ben chiarito: il fatto che tutti sono titolari del diritto alla salute non significa che non possa esserci, in certi casi, la remunerazione di servizi, pertanto si conclude che accesso "universale" non può essere confuso con accesso "gratuito".

La questione per cui i diritti basati su un criterio di giustizia sociale, come la salute e l'istruzione, sono o meno dovuti a tutti i membri della comunità, senza distinzioni, in virtù della loro uguale dignità, richiede una lunga riflessione, che il presente studio non lo concede. Possiamo, tuttavia, anticipare che un criterio eminentemente formale, nel senso di pari dignità, richiede altri riferimenti, tipicamente di natura materiale, visto che l'uguaglianza concreta di ogni persona, portatrice di necessità fisiche e psichiche specifiche, è il dato essenziale da considerare per il riconoscimento di un determinato diritto sociale.<sup>236</sup>

### 3.5 La giudizializzazione dei rapporti sociali in Brasile

In Brasile, come in tutti i paesi occidentali, è il Potere Legislativo che determina, attraverso un sistema di preventivi di bilancio, le spese pubbliche prioritarie durante ogni esercizio.

Il legislatore gode di un notevole margine di discrezionalità politica, dovuto al mandato elettivo, soprattutto in materia di diritti a prestazioni che richiedano molte volte concretizzazione legislativa. Anche così questa discrezionalità non è assoluta.

Esistono ipotesi che la stessa Costituzione definisce le politiche pubbliche per implementare, come è il caso dell'istruzione pubblica fondamentale e media.<sup>237</sup>

<sup>236</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 91.

<sup>237</sup> Nel caso dell'istruzione, i commi I, VI, VII dell'articolo 208 della Costituzione federale, così come i commi 1 e 2 sono espliciti nel definire diritti che costituiscono il risultato necessario di politiche pubbliche. Si veda: "Art. 208. Il dovere dello Stato nei confronti dell'istruzione sarà effettuato mediante la garanzia di: I – scuola fondamentale obbligatoria e gratuita, assicurata, inoltre, la sua offerta gratuita a tutti coloro che a essa non hanno accesso, in età adeguata; VI – offerta di istruzione regolare, adeguata alle condizioni dell'allievo; VII – assistenza all'allievo, nella scuola fondamentale, attraverso programmi supplementari di materiale didattico-scolastico, trasporto, alimentazione e assistenza alla salute. § 1 – L'accesso alla scuola dell'obbligo e gratuita è diritto pubblico soggettivo. § 2 – La mancata offerta della scuola dell'obbligo da parte del Potere Pubblico o la sua offerta irregolare importa responsabilità dell'autorità competente."

<sup>237</sup> Fu Montesquieu, pensatore illuminista, nel libro "O Espírito das Leis", del 1748, che sviluppò la teoria della separazione dei poteri come tecnica di contenimento del potere da parte del potere stesso, visto che "Ogni uomo che detiene il potere è indotto ad abusarne. Va fino a trovarne i limiti." Il merito



Pertanto, la scelta di destinare risorse deve rispettare l'elenco di priorità e gli standard minimi stabiliti nel testo costituzionale.

Come si vedrà nel capitolo IV, chi effettua le spese autorizzate dalla legge di previsione di bilancio è il Potere Esecutivo. Esso partecipa alla diffusione dei diritti sociali sotto forma di elaborazione e implementazione delle politiche pubbliche, usufruendo ugualmente di un margine di discrezionalità amministrativa, circoscritta da norme costituzionali e legali.

Così i Poteri Legislativo ed Esecutivo decidono sull'uso delle entrate pubbliche con sufficiente libertà, ma devono dare priorità alla voce dei diritti sociali, soprattutto quelle dell'istruzione e della sanità, che prevedono anche vincoli di bilancio, a proposito dei quali tratteremo nella parte finale del presente studio.

La distribuzione delle tradizionali funzioni statali tra organi distinti fu una grande conquista dell'umanità.<sup>238</sup>

Secondo l'articolo 16 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789, "la società in cui non venga assicurata la garanzia dei diritti e neppure stabilita la separazione dei poteri, non ha una Costituzione."

Il principio della tripartizione dei poteri o delle funzioni statali è estratto dallo stesso Stato democratico di diritto, quindi la sua previsione contenuta negli articoli 2 e 60, comma 4, III della Costituzione brasiliana è appena un rafforzamento.

Secondo questo principio direttivo dell'ordinamento costituzionale, compete precipuamente al Potere Esecutivo amministrare, al Potere Legislativo legiferare e ai giudici dirimere conflitti, secondo quanto disposto dalla legge.

Malgrado la divisione dei compiti non sia assoluta, ammettendosi interpretazioni, in nome dell'efficacia che regge l'azione statale, non si ammette, per esempio, che i giudici agiscano al posto dei poteri legislativo o esecutivo, trasformando la discrezionalità insita di questi Poteri in "discrezionalità giudiziale".

---

di questa dottrina non fu quello di proporre certe attività da parte dello Stato, poiché queste erano già identificabili, ma quello di pensare un sistema in cui ogni organo svolgesse una funzione distinta e, allo stesso tempo, che l'attività di uno contenesse quella dell'altro, mirando all'equilibrio. Montesquieu sosteneva: "Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir." (CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. T. I. Coimbra: Almedina, 2006, p. 192-193).

<sup>238</sup> L'articolo 2 della Costituzione federale ha il seguente testo: "Art. 2 – Sono Poteri dell'Unione, indipendenti e armonici tra loro, il Legislativo, l'Esecutivo e il Giudiziario", mentre nell'articolo 60, comma 4, III, si legge: "Art. 60. La Costituzione potrà essere emendata mediante proposta: § 4 - Non sarà oggetto di delibera la proposta di emendamento tendente ad abolire: III – la separazione dei Poteri."

In termini più specifici, si vuol dire che i giudici non possono trasformarsi in “legislatori positivi”, svolgendo un ruolo che la Costituzione non attribuisce loro. Fu così emesso dal Supremo Tribunale Federale, nell’azione diretta di incostituzionalità n. 896 del Distretto Federale, giudicata il 03 novembre 1993 (1), e nel ricorso straordinario n. 173.252, giudicato il 05 novembre 1998 (2), ambedue presentati dal Ministro Moreira Alves:

(1) Azione diretta di incostituzionalità. Legge Complementare n. 75 del 20.05.93 (articolo 270 e suoi commi 1 e 2, ed anche le espressioni ‘non compresi dall’articolo precedente’ previsti dal *caput* dell’articolo 271). – Non solo la Corte si limita a esaminare i dispositivi o espressioni la cui incostituzionalità è stata discussa, inoltre non può dichiarare incostituzionalità parziale che cambi il significato e l’obiettivo della norma impugnata (quando questo avviene, la dichiarazione di incostituzionalità deve comprendere tutto il dispositivo), perché, se così non fosse, la Corte si trasformerebbe in legislatore positivo, dato che, con la soppressione del testo contestato, modificherebbe il significato della norma. E il controllo della costituzionalità degli atti normativi da parte dei giudici permette loro di agire solo come legislatori negativi. Di conseguenza, se una delle alternative necessarie al giudizio della presente azione diretta di incostituzionalità (quella di fondatezza di questa azione) non può essere accolta da questa Corte, per non poter, essa, agire come legislatore positivo, la richiesta di dichiarazione di incostituzionalità, come posta, non soddisfa una delle condizioni dell’azione diretta, che è quella della sua possibilità giuridica. Azione diretta di incostituzionalità che non si conosce per impossibilità giuridica della richiesta.

(2) Questa Corte, come dimostrano i precedenti presentati nel parere del Procuratore Generale della Repubblica, ha interpretato che continua in vigore, vista l’attuale Costituzione, la *summa* 339 (‘Non spetta ai giudici, che non hanno funzione legislativa, aumentare retribuzioni di dipendenti pubblici, con base di isonomia’), perché il comma 1 dell’articolo 39 della Carta Magna è precetto diretto al legislatore, al quale compete concretizzare il principio dell’isonomia, considerando particolarmente i casi di attribuzioni uguali o somiglianti, non spettando ai giudici sostituirsi al legislatore. Contro una legge che viola il principio è applicabile, nell’ambito del controllo accentrato, azione diretta di incostituzionalità per omissione che, se fondata, darà margine affinché venga informato il Potere Legislativo di questa dichiarazione perché applichi, per legge, il citato principio costituzionale; invece nella sfera del controllo diffuso, vizio di questo tipo può portare solo alla dichiarazione di incostituzionalità della norma che ha inflitto questo principio, il che, eliminando il beneficio dato a un incarico pubblico, quando dovrebbe interessare anche altri con compiti uguali o somiglianti, impedisce a questi la sua applicazione. A questa interpretazione si oppose la sentenza impugnata. Visto quanto esposto, accolgo il presente ricorso e considero non fondata l’azione, condannando la parte ricorrente al pagamento delle spese e degli onorari degli avvocati che fisso in 3% del valore della causa, adeguatamente corretti.

È di competenza precipua del Potere Esecutivo effettuare le spese. Un’interpretazione in senso opposto, anche se a pretesto di garantire e diffondere i diritti fondamentali, mette seriamente a rischio la programmazione governativa.

Questa programmazione è, secondo l'articolo 174 della Costituzione federale, determinante per il settore pubblico.

Esiste un sistema di previsione di bilancio architettato dal legislatore costituente per la disciplina della vita finanziaria del paese. Così, le spese governative devono avere una previsione nella legge di bilancio, pena l'impossibilità di azione dei poteri dello Stato, soprattutto dell'Esecutivo.

Con tali ponderazioni, non si sta dicendo che i giudici non possano intervenire in caso di mancato adempimento a quanto previsto dalle norme in tema di diritti sociali. Sono, così come gli altri poteri, vincolati ai diritti fondamentali, a cui devono concedere la maggior efficacia possibile. I diritti fondamentali sociali sono garantiti da principi giuridici fondamentali e, in questa condizione, non si presentano come comandi definitivi, ma come comandi *prima facie*.<sup>239</sup>

Malgrado non abbia la capacità di *make public choices*, i giudici possono e devono assicurare l'applicazione delle scelte pubbliche inserite nel testo politico, demarcatrici degli impegni e degli obiettivi della Repubblica Federativa del Brasile.<sup>240</sup>

In questo senso, quando nell'esercizio del controllo di costituzionalità delle leggi e degli atti normativi, gli spetta definire, per sé e per gli altri organi statali, il contenuto e il significato corretto dei diritti fondamentali; riempire eventuali lacune alla luce delle norme di diritti fondamentali e, inoltre, non applicare quelle che considera incostituzionali.<sup>241</sup>

L'importanza delle funzioni svolte dai giudici è indiscutibile. Non c'è dubbio che le garanzie dei diritti si manifestano soprattutto attraverso l'operare della giurisdizione. Mentre la garanzia prevista in sede normativa ha funzione preventiva ed è disciplinata in modo generale ed astratto, la garanzia in concreto delle puntuali situazioni soggettive individuali è assicurata attraverso l'esercizio delle funzioni giurisdizionali, messi in condizioni di effettiva autonomia e indipendenza dagli altri

<sup>239</sup> Queiroz, Cristina. **O princípio da não-reversibilidade dos direitos fundamentais sociais, princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.106.

<sup>240</sup> LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord). **Jurisdição e direitos fundamentais**. V. I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 173.

<sup>241</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 360-361. Si menzionano inoltre le lezioni di Carlos Maximiliano: "In favore dell'armonia e del rispetto reciproco che devono regnare tra i poteri federali (o statali), il Giudiziario farà uso della sua prerogativa solo quando il congresso viola chiaramente o non applica lo statuto di base, e non quando opta appena per una determinata interpretazione non del tutto irragionevole".

poteri dello Stato, che intervengono su impulso delle parti tra le quali è sorta una contesa.<sup>242</sup>

Si può affermare che, in molti casi, i giudici contribuiscono alla definizione di interesse pubblico<sup>243</sup> e di bene comune.

Si ritiene, tuttavia, che in questa materia bisogna avere la massima cautela.<sup>244</sup> Il principio della separazione dei poteri è alla base del regime democratico, poiché inserito nella lista delle “clausole di pietra”, come menzionato. È oltremodo risaputo che risiede principalmente nei Poteri Legislativo ed Esecutivo la prerogativa di formulare ed eseguire politiche pubbliche. Così, solo in situazioni eccezionali, specialmente nelle ipotesi delle politiche pubbliche definite dalla stessa Costituzione, è che si rivela possibile ai giudici determinare la loro implementazione per organi statali inadempienti.

A questo proposito, facciamo riferimento a quanto risulta nella decisione in “agravo regimental” presentato da un Comune dello Stato di San Paolo nel ricorso straordinario n. 410.715-5, esposto dal Ministro del Supremo Tribunale Federale Celso de Mello e giudicato il 22 novembre 2005:

RICORSO STRAORDINARIO – BAMBINO FINO A SEI ANNI D'ETÀ – CURE PRESSO NIDI E SCUOLE MATERNE – EDUCAZIONE INFANTILE – DIRITTO ASSICURATO DALLO STESSO TESTO COSTITUZIONALE (CF, ART. 208, IV) – COMPrensione GLOBALE DEL DIRITTO COSTITUZIONALE ALL'ISTRUZIONE – DOVERE GIURIDICO LA CUI APPLICAZIONE È IMPOSTA AL POTERE PUBBLICO, SPECIALMENTE AL COMUNE (CF, ART. 211, § 2) – RICORSO NON ACCOLTO. - L'istruzione

---

(MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 308).

<sup>242</sup> VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale*. 6. ed. Padova: CEDAM, 2008, p. 276 e 295.

<sup>243</sup> Conviene avvisare del fatto che la nozione di interesse pubblico non deve basarsi su criteri quantitativi (della maggioranza). Interessi di minoranze possono avere relazioni con intensità molto superiore all'interesse pubblico, come, per esempio, la tutela delle minoranze razziali. (BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no Estado constitucional. Problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 148).

<sup>244</sup> Lenio Luiz Streck fa un importante avviso a proposito dell'estrapolazione dei limiti dell'attivismo giudiziale: “Si registri che questa incomprensione sull'attivismo giudiziale non si restringe al problema brasiliano. Anche Peter Häberle, rinomato costituzionalista tedesco, in un'intervista pubblicata su Conjur (Repubbliche giovani hanno bisogno di attivismo giudiziale, in: www.conjur.com.br, 13.02.2009) ritiene ‘essere sano’ per le ‘nuove repubbliche’ l'attivismo giudiziale praticato dai tribunali che, attraverso la loro azione nel tessuto sociale, obbliga anche gli altri poteri ad agire. Credo, però, che dobbiamo avere cautela dinanzi all'affermazione di Häberle. Registro, prontamente, che quando il giudiziario agisce – se opportunamente provocato – per far applicare la Costituzione, non si può parlare di attivismo. Il problema dell'attivismo sorge esattamente nel momento in cui la Corte estrapola i limiti imposti dalla costituzione e fa della politica giudiziaria, sia nel bene che nel male. (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 22).

infantile rappresenta prerogativa costituzionale indiscutibile, che concessa ai bambini, assicura a questi, per effetto del loro completo sviluppo e come prima tappa del processo di istruzione elementare, la frequenza al nido e l'accesso alla scuola materna (CF, art. 208, IV). - Questa prerogativa giuridica, di conseguenza, impone allo Stato, a causa dell'elevata rilevanza sociale con la quale è rivestita l'istruzione infantile, l'obbligo costituzionale di creare condizioni oggettive che permettano, in modo concreto, a favore dei 'bambini da zero a sei anni d'età' (CF, art. 208, IV), l'effettivo accesso a nidi e unità di scuola materna, pena il configurarsi inaccettabile omissione governativa, adatta a frustrare ingiustamente, per inerzia, l'adempimento completo da parte del Potere Pubblico di prestazioni statali che imposte dallo stesso testo della Costituzione Federale. - L'istruzione infantile, considerata come un diritto fondamentale di ogni bambino, non si espone, nel suo processo di concretizzazione, a valutazioni meramente discrezionali della Pubblica Amministrazione e neppure si subordina a ragioni di puro pragmatismo governativo. - I Comuni - che agiranno, principalmente, nell'istruzione fondamentale e in quella infantile (CF, art. 211, § 2) - non potranno esimersi dal mandato costituzionale, giuridicamente vincolante, che è stato loro concesso dall'articolo 208, IV della Legge Fondamentale della Repubblica e che rappresenta un fattore limitante della discrezionalità politico-amministrativa degli enti comunali, le cui opzioni, trattandosi di accesso dei bambini a nidi (CF, art. 208, IV), non possono essere esercitate per non compromettere, con appoggio in giudizio di semplici convenienze o di mera opportunità, l'efficacia di questo diritto elementare di carattere sociale. - Malgrado risieda, principalmente, nei Poteri Legislativo ed Esecutivo, la prerogativa di formulare ed eseguire politiche pubbliche, si rivela, tuttavia, possibile ai giudici determinare, sebbene in carattere eccezionale, specialmente nelle ipotesi di politiche pubbliche definite dalla Costituzione stessa, che queste siano implementate dagli organi statali inadempienti, la cui omissione - per rappresentare un mancato rispetto delle funzioni politico-giuridiche che su di essi incidono in carattere obbligatorio - si mostra capace di compromettere l'efficacia e l'integrità di diritti sociali e culturali di importanza costituzionale. La questione pertinente alla 'riserva del possibile'. Dottrina.

Decisione

La Sezione, per votazione unanime, negò il ricorso di *agravo*, secondo i termini del voto del Relatore. Assenti giustificati in questo giudizio, la Signora Ministra Ellen Gracie e il Signor Ministro Gilmar Mendes. 2<sup>a</sup> Sezione, 22.11.2005.

In qualsiasi modo, è ora di rivedere il vetusto dogma della separazione dei poteri. Esso ha svolto il proprio ruolo storico di opposizione ai regimi assolutisti, ma deve essere reinterpretato alla luce del sistema costituzionale contemporaneo, di preminente matrice sociale.

Ci obbliga a riflettere se, dopo tutte le trasformazioni per le quali passò l'umanità, appena la rappresentatività ottenuta con voto popolare è quella che concentra il potere legittimo di decisione sulle scelte pubbliche.

Malgrado la designazione dei magistrati non derivi dalla via elettiva, è certo che anche loro svolgono un potere rappresentativo. La legittimità della loro attuazione non è pregiudicata dalla forma di nomina.

Il deficit di prestazioni sociali in Brasile è storico e i Poteri Legislativo ed Esecutivo si sono mostrati incapaci di garantire il rispetto razionale delle disposizioni costituzionali, per cui l'incremento dell'attività giurisdizionale si mostra giustificata, ovviamente entro certi limiti, per non creare una convulsione finanziaria nei bilanci pubblici.<sup>245</sup>

### 3.5.1 Delle sentenze additive

Sentenze additive, in una concisa definizione, sono quelle che implicano “aumento di costi per l'Erario, obbligandolo al riconoscimento di un diritto sociale non previsto originariamente nel bilancio de potere pubblico competente”.<sup>246</sup>

Questo concetto è utilizzato con frequenza dalla dottrina italiana, sin dalla fine degli anni '80, con la denominazione “additive di principio”, “sentenze dichiarative”, “additive di meccanismo” o “additive a dispositivo generico”.<sup>247</sup>

In Brasile il loro significato è conosciuto da tutti, ma manca loro il “nome di battesimo”. Si verifica una quantità enorme di decisioni giudiziali additive, anche del Supremo Tribunale Federale, che concedono, in modo individuale o collettivo, diverse specie di diritti sociali, anche senza intermediazione di norme emesse dal

---

<sup>245</sup> Rispetto all'attività dei giudici e la sua legittimità, Susana Sbrogio'Galia ha scritto: “In questo modo, i limiti della concretizzazione giudiziale, che servono come parametro indicativo per i limiti della giurisdizione costituzionale e per i cambiamenti costituzionale decorrenti da quest'attività, devono risiedere nella scelta della ‘risposta più adeguata o corretta’, dimostrata mediante l'argomentazione giuridica. E da questo certamente decorrerà la legittimazione delle decisioni giudiziali quando questa ‘risposta più adeguata o corretta’ presuppone una postura da parte dei giudici costituzionali, che va oltre l'estrinsicazione del testo della Costituzione e dalla limitazione alla sua comprensione solamente procedurale, ma comprende la nozione di Costituzione come ricettacolo dei valori da realizzare nei confronti del contratto sociale, quindi, anche di contenuto sostanziale, con i quali si eliminano gli ostacoli di un temuto relativismo giuridico e autoritarismo dei giudici, permettendo la sempre necessaria apertura al dialogo e la costante ricostruzione dello Stato dinanzi la società.” (GALIA, Susana Sbrogio'. **Mutações constitucionais e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 118).

<sup>246</sup> SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 149.

<sup>247</sup> CELOTTO, Alfonso. **Questioni di giustizia costituzionale**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2009, p. 174. Secondo Carlo Colapietro, la Corte Costituzionale viene creando un vero “arsenale” di pronunzie che sfatano il mito della Corte come legislatore negativo, rappresentando il frutto più originale di questo potenziamento operativo le sentenze additive e sostitutive. La definizione del ruolo del giudice e delle leggi nel sistema ha comportato “la ricerca di nuovi equilibri, soprattutto nel dialogo con il legislatore, che hanno indotto la Corte a ricorrere, con la necessaria cautela, al reperimento di nuovi strumenti decisorii, variamente graduati nella loro incisività ed efficacia, che le consentano di conciliare le esigenze del controllo di legittimità costituzionale delle leggi tanto con quelle dell'esercizio della discrezionalità legislativa, quanto con la salvaguardia del potere di determinazione della spesa

Potere Legislativo o da quello Esecutivo. Vi è l'applicazione diretta della Costituzione.

Questa situazione è più frequente trattandosi degli Stati o dei Comuni e ha provocato un grande impatto sui conti di questi enti federativi.<sup>248</sup>

Nello Stato del Rio Grande do Sul, considerato uno dei più politicizzati del paese, lo *status activus processualis* è stato innalzato all'estremo: nel 2006 si contavano oltre ventimila azioni interessando farmaci e ordini giudiziari, per un valore di US\$ 13 milioni, corrispondendo a 25% del bilancio totale della Segreteria alla Sanità di quello Stato.<sup>249</sup>

L'esborso da parte delle Finanze Pubbliche delle risorse determinate per decisione giudiziale, persino in sede di *anticipazione di tutela*<sup>250</sup>, non genera difficoltà pratiche solo in Brasile.

Si installò in Italia, negli anni '90, un serrato dibattito tra la dottrina e la giurisprudenza, tendente a limitare l'applicazione di decisioni giudiziali in caso di

pubblica, istituzionalmente riservato agli organi politici". (COLAPIETRO, Carlo. **La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato Sociale**. Padova: CEDAM, 1996, p. 19 e 23).

<sup>248</sup> SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível."** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 150-151.

<sup>249</sup> I dati sono stati pubblicati sul giornale "Valor Econômico" del 12 febbraio 2007, nel servizio di Fernando Teixeira intitolato "Il Governo del Rio Grande do Sul subisce il blocco del conto per pagare farmaci". Accesso a partire dall'indirizzo <http://www.valoronline.com.br>.

<sup>250</sup> Il dispositivo del Codice di Procedura Civile (Legge Federale n. 5.869 dell'11 gennaio 1973) che disciplina la figura dell'anticipazione della tutela è il 273: "Articolo 273. Il giudice potrà, su richiesta della parte, anticipare, totalmente o parzialmente, gli effetti della tutela pretesa nella richiesta iniziale, a patto che, esistendo prova indiscutibile, si convinca della verosimiglianza della prova e: I – esista fondato timore di danno irreparabile o di difficile riparazione o II – si caratterizzi l'abuso di diritto di difesa o l'esplicito proposito di differimento del reo." Esempio di decisione giudiziale concessiva dell'anticipazione degli effetti della tutela è la seguente: 10ª Sezione delle Pubbliche Finanze del Tribunale Regionale di Tristeza, processo n. 001/1.10.0105835-7, mosso da Disney Franco Martinelli contro il Comune di Porto Alegre e lo Stato del Rio Grande do Sul: "Concedo la Gratuità Giudiziaria. Detto ciò, concedo l'anticipazione di tutela, per determinare che il Comune di Porto Alegre: 1 – provveda all'analisi medica della situazione dell'autore, entro 10 giorni. Dopo la realizzazione dell'analisi, la controparte dovrà allegare agli atti copia della perizia medica relativa alla visita realizzata, ENTRO 3 GIORNI. 2 – Effettuata l'analisi medica, confermando la prognosi di chirurghi, il reo dovrà provvedere all'assistenza necessaria in caso di aggravamento di salute dell'autore (chirurgia) entro 15 giorni. In caso di eventuale impossibilità di assistenza da parte del servizio pubblico sanitario, sia per quanto riguarda l'analisi medica, sia per la realizzazione della chirurgia, il Comune dovrà sostenere le spese dei procedimenti presso la rete privata. 3 – Il Gestore è obbligato a comunicare al giudice, entro 10 giorni, quale o quali provvedimenti sono stati realizzati per l'assistenza della necessità dell'autore. Evidenzio che, in caso di prenotazione della visita, l'autore dovrà essere comunicato con 48 ore di anticipo, attraverso documento probatorio allegato agli atti. 4 – Si emetta mandato da eseguire, con urgenza, attraverso il servizio di turno della Centrale dei Mandati, per l'intimazione del Segretario Comunale che dovrà essere, inoltre, informato che il mancato rispetto dell'ordine implicherà nell'appurazione della responsabilità personale dei Gestori. 5 – Dovranno essere allegate al mandato copie dell'iniziale e dei documenti delle pagine 26, 28/29. 6 – Si intimi l'autore per unire agli atti copia del documento d'identità e della Tessera SUS, entro 10 giorni. 7 – Si

assenza di indicazione di fonti di entrata. Si discusse sulla necessità o meno del rispetto dell'articolo 81, comma 4 della Costituzione Italiana, che prevede:

81. Le Camere approvano ogni anno i bilanci e il rendiconto consuntivo presentati dal Governo.

L'esercizio provvisorio del bilancio non può essere concesso se non per legge e per periodi non superiori complessivamente a quattro mesi.

Con la legge di approvazione del bilancio non si possono stabilire nuovi tributi e nuove spese.

Ogni altra legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte.

Dopo lunghe discussioni, le decisioni giudiziali non applicarono, per un periodo, la citata esigenza contenuta nell'articolo 81, comma 4 della Costituzione Italiana.

Tuttavia, si diffonde nella giurisprudenza costituzionale, in ragione della gravissima crisi economica che attraversa il Paese dagli inizi degli anni'90, il ricorso a tecniche decisorie particolarmente sensibili al problema delle compatibilità economiche ed attente al bilanciamento tra diritti ed esigenze di bilancio.<sup>251</sup>

In presenza di una limitatezza delle risorse, non è pensabile di poter spendere senza limite, avendo riguardo soltanto ai bisogni, quale ne sia la gravità e l'urgenza. Il concetto di "diritto finanziariamente condizionato" è stato consacrato nella giurisprudenza costituzionale dalla sentenza n. 455 del 16 ottobre 1990.<sup>252</sup>

---

citino, opportunamente, i rei. 8 – Con la contestazione, alla replica. 9 – A seguire il Pubblico Ministero. Provvedimenti legali. Porto Alegre, 4 maggio 2010.”

<sup>251</sup> COLAPIETRO, Carlo. *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato Sociale*. Padova: CEDAM, 1996, p. 84.

<sup>252</sup> Consta nella decisione: “1. - La questione sottoposta al giudizio di questa Corte dal Tribunale regionale di Giustizia amministrativa di Trento con l'ordinanza di rimessione indicata in epigrafe consiste nel verificare se contrasti con gli artt. 32, primo comma, 3, primo comma, della Costituzione, nonché con gli artt. 5 e 9, n. 10, dello Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige e con l'art. 116 della Costituzione, in connessione con gli artt. 1, 3, secondo comma, e 19 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), l'art. 6, primo e secondo comma, della legge della Provincia di Trento 15 marzo 1983, n. 6 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della Provincia autonoma di Trento - Legge finanziaria), nella parte in cui prevede che la Giunta provinciale stabilisca, in base ad appositi parametri, i limiti, riferiti al numero delle persone assistibili e al costo pro-capite, entro i quali le Unità Sanitarie Locali assumono la spesa inerente a prestazioni di natura sanitaria erogate a favore di persone anziane 'non autosufficienti' ricoverate in case di riposo. [...] Quest'ultima dimensione del diritto alla salute, che è quella concernente le questioni di costituzionalità in esame, comporta che, al pari di ogni diritto a prestazioni positive, il diritto a ottenere trattamenti sanitari, essendo basato su norme costituzionali di carattere programmatico impositive di un determinato fine da raggiungere, è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento (v. spec. sentt. nn. 175 del 1982, 212 del 1983 e 1011 del 1988). Questo principio, che è comune a ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, non implica certo una degradazione della tutela primaria assicurata dalla Costituzione a una puramente legislativa, ma comporta che l'attuazione della tutela,



Così, per quanto riguarda la sanità, la spesa deve essere commisurata “alle effettive disponibilità finanziarie, le quali condizionano la quantità ed il livello delle prestazioni sanitarie, da determinarsi previa valutazione delle priorità e delle compatibilità e tenuto ovviamente conto delle fondamentali esigenze connesse alla tutela del diritto alla salute”, come ha posteriormente proclamato la Corte nella sentenza 23 luglio 1992 n. 356.

Così, a partire dagli inizi del 1995 si può registrare un cambiamento di indirizzo della Corte in materia di copertura finanziaria delle leggi di spesa, con la tendenza ad assicurare nel modo più ampio la possibilità di intervento nel controllo di costituzionalità delle leggi di spesa, soprattutto sotto il profilo dell'articolo 81 della Costituzione.<sup>253</sup>

La Costituzione brasiliana, invece, nel suo articolo 167, commi I e II, vieta “l'inizio di programmi o progetti non inseriti nella legge di bilancio annuale” e “la realizzazione di spese o l'assunzione di obblighi diretti che eccedano i crediti di bilancio o aggiuntivi”. Questa norma, tuttavia, non si applica alle sentenze che generano costi.

La distinzione tra il sistema italiano e brasiliano non si limita a questo aspetto. La grande differenza risiede nel fatto che in Brasile le sentenze che hanno come oggetto i diritti sociali sono comunemente emesse con il sostegno diretto della Costituzione e a margine del sistema di bilancio. In Italia, invece, quest'ipotesi è eccezionale. Di regola la Corte costituzionale identifica una lacuna relativa ai diritti

---

costituzionalmente obbligatoria, di un determinato bene (la salute) avvenga gradualmente a seguito di un ragionevole bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale e con la possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione: bilanciamento che è pur sempre soggetto al sindacato di questa Corte nelle forme e nei modi propri all'uso della discrezionalità legislativa (v., da ultimo, sentt. nn. 27 del 1975, 226 e 559 del 1987, 992 del 1988, 319 del 1989, 127 e 298 del 1990). Di qui deriva l'affermazione, già compiuta da questa Corte (sentt. nn. 103 del 1977, 175 del 1982), secondo la quale ogni persona che si trovi nelle condizioni obiettive stabilite dalla legislazione sull'erogazione dei servizi sanitari ha ‘pieno e incondizionato diritto’ a fruire delle prestazioni sanitarie erogabili, a norma di legge, come servizio pubblico a favore dei cittadini. 4. - La legge 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del Servizio sanitario nazionale assicura in egual modo a ogni cittadino, senza distinzione di condizioni individuali o sociali, il diritto a ottenere le prestazioni preordinate alla promozione, al mantenimento e al recupero della salute fisica e psichica secondo le modalità e le prescrizioni stabilite dalla legge. La stessa normativa statale ammette che, oltre alle prestazioni assicurate in condizioni di eguaglianza dal servizio sanitario nazionale, le regioni o le province autonome possano garantire ai propri cittadini prestazioni sanitarie aggiuntive, sempreché siano previste con legge nel rispetto dei principi costituzionali prima indicati e siano poste a carico del bilancio della regione o della provincia autonoma interessate (v. art. 25, terzo comma, della legge 27 dicembre 1983, n. 730).”

<sup>253</sup> COLAPIETRO, Carlo. *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato Sociale*. Padova: CEDAM, 1996, p. 87.

sociali e rimanda la discussione al Potere Legislativo, per l'edizione di leggi o, secondo i casi, di regolamenti.<sup>254</sup>

Inoltre, con riguardo al diritto alla salute la Corte costituzionale italiana torna spesso sul “contenuto minimo o essenziale” che, anche così, deve abbracciare il nucleo delle varie situazioni che costituiscono le molte dimensioni del diritto alla salute.<sup>255</sup> Le situazioni soggettive ricomprese nel diritto alla salute sono il diritto all'integrità psico-fisica, che discende dagli articoli 32, comma 1; 13, comma 4 e 27, comma 3, della Costituzione italiana<sup>256</sup>; il diritto ai trattamenti sanitari e il diritto ad un ambiente salubre.<sup>257</sup>

Vediamo qual è il trattamento che è dato al diritto alla salute dai Tribunali brasiliani.

<sup>254</sup> SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível.”* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 161.

<sup>255</sup> SALAZAR, Carmela. *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto.* Torino: Giappichelli, 2000, p. 98.

CARETTI ha tracciato una retrospettiva della giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di sanità, che ci permettiamo di trascrivere: “Si tratta, in questo caso, di un diritto a prestazioni da realizzarsi attraverso l'azione dei poteri pubblici. Così, se nel 1988 la Corte costituzionale aveva dichiarato il diritto alla salute, inteso anche come diritto a prestazioni da parte del Servizio sanitario nazionale come un ‘diritto primario e fondamentale che [...] impone piena ed esaustiva tutela’, lasciando quasi immaginare la possibilità di un'azionabilità diretta dello stesso (sent. n. 992), nella giurisprudenza più recente, a partire già dalla sent. n. 445/ 1990, in modo assai più realistico, essa ha affermato che il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è garantito ad ogni persona come un diritto costituzionalmente condizionato all'attuazione legislativa attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da questo diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti. Peraltro tale bilanciamento non può non tenere conto dei limiti oggettivi che il legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone, fermo restando, in ogni caso, il ‘nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana’ (si vedano, da ultimo, le sentt. nn. 185/ 1998, 309/ 1999 e 509/ 2000). Non vi è dubbio che concetti come ‘nucleo irriducibile’ o ‘contenuto minimo’ del diritto alla salute possono destare preoccupazioni in relazione all'affermazione di processi interpretativi che possono svuotare di fatto le libertà costituzionali. È tuttavia innegabile che il presupposto di fatto delle disponibilità finanziarie finisca per giocare un ruolo fondamentale nell'affermazione del diritto alle prestazioni sanitarie: in questo contesto, è allora probabile che l'enucleazione di un nucleo minimo del diritto alla salute individui una sorta di precedenza nell'allocazione delle risorse che può rendere incostituzionali leggi di attuazione che non la soddisfino adeguatamente: non a caso, soprattutto con riguardo alla tutela dei diritti sociali, la Corte si è dotata di tecniche decisorie (sentenze additive di principio, sentenze ‘additive di meccanismo’, pronunce di rigetto con accertamento di incostituzionalità), che consentono di ovviare agli inconvenienti che le pronunce ‘classiche’ di incostituzionalità possono produrre.” (CARETTI, Paolo. 2. ed. *I Diritti Fondamentali.* Torino: Giappichelli, 2005, p. 430-431)

<sup>256</sup> PACE, Alessandro. *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali.* Padova: CEDAM, 2003, p. 97. Gli articoli citati dall'autore hanno il seguente testo: articolo 32, comma 1: “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti; 13, comma 4: “È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà.”, e 27, comma 3: “Non è ammessa la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra.”

<sup>257</sup> *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale.* Relazione predisposta in occasione dell'incontro della delegazione della Corte costituzionale con il Tribunale costituzionale della Repubblica di Polonia. Disponibile su: [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Visitato nel febb. 2010.

La salute è stata concepita dalla Costituzione brasiliana nel suo articolo 196 come “diritto di tutti e dovere dello Stato”. Se lo Stato non soddisfa il suo obbligo, non si tratta di programmaticità, “ma di mancato rispetto al diritto”.<sup>258</sup>

Accade che questo diritto, di tutti, non esiste immediatamente, dovendo essere garantito, ancora secondo i termini dell’articolo 196, mediante politiche sociali ed economiche che mirino alla riduzione di malattie e di altri danni e all’accesso universale ed egualitario alle azioni e servizi di diffusione, protezione e recupero della salute.<sup>259</sup>

Tali azioni e servizi sono soggetti alla regolamentazione, al controllo del Potere Pubblico, poiché sono di importanza sociale.

Ma sarà che il dovere dello Stato si limita all’implementazione di politiche sociali ed economiche o

è possibile, sulla base di quanto disposto dall’art.196, della CF/88, affermare l’esistenza di un diritto pubblico soggettivo opponibile contro lo Stato, obbligandolo a una determinata prestazione, indipendentemente dalla previsione in legislazione ordinaria e, pertanto, passibile di reclamo del titolare del diritto per via giudiziale e/o amministrativa?<sup>260</sup>

Il Supremo Tribunale Federale, nel controllo diffuso di costituzionalità, ha proclamato che si tratta di un diritto individuale, passibile di godimento diretto da parte di ogni individuo e, pertanto, non condizionato all’implementazione di una politica pubblica.<sup>261</sup>

Questa linea di interpretazione fu consolidata in varie decisioni, con particolare evidenza per la petizione n. 1246-1, proveniente dallo Stato di Santa Catarina, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell’Unione del 13 febbraio 1997, il cui relatore fu il Ministro Celso de Mello.

In quel caso l’autore era minorenne e aveva la “Distrofia Muscolare di Duchene”, una rara malattia degenerativa delle cellule muscolari che può portare alla

---

<sup>258</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 150.

<sup>259</sup> Nella pagina 66, ci riferiamo a questa norma come norma costituzionale di efficacia limitata, dichiarativa di un principio istitutivo.

<sup>260</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. A saúde como direito público subjetivo e fundamental do homem e sua efetivação. *Revista da AJURIS. Doutrina e jurisprudência*, Porto Alegre, ano XXVII, n. 83, setembro de 2001, p.179 e 181.

<sup>261</sup> Secondo Fernando Facury Scaff: “Si imprigiona l’interesse sociale e si dà rilievo al diritto individuale.” (SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 163-164).

morte prematura. Richiedeva trattamento in una clinica nordamericana con cellule di donatori sani, per un valore equivalente a centosessantatremila dollari.

Lo Stato di Santa Catarina, nella sua difesa, allegò offesa non solo al principio della separazione dei poteri, ma anche agli articoli 100 e 167, commi I e II, della Costituzione federale.

Il Ministro Celso de Mello, allora nell'esercizio della Presidenza, mantenne, per decisione individuale, l'ordine giudiziale che concesse il trattamento medico, anche di fronte all'insussistenza di una previsione di risorse di bilancio, basandosi sull'argomento che "il rispetto indeclinabile alla vita" prevale sull'interesse finanziario e secondario dello Stato".

Questa prospettiva sul tema autorizzò, inoltre, che si richieda dalla Pubblica Amministrazione omessa la prova oggettiva dell'esaurimento delle capacità di bilancio, non essendo sufficiente la mera prova formale dell'assenza di risorse.

In Brasile esiste una quantità enorme di azioni individuali di questo tipo. Di conseguenza, i programmi e le politiche pubbliche, specialmente in materia di salute, vengono pregiudicati dal punto di vista finanziario.

Solamente decisioni più vecchie facevano riferimento alla "riserva del possibile". Nel Tribunale di Giustizia dello Stato del Rio Grande do Sul, la 7ª Sezione Civile dimostrava preoccupazione con l'insufficienza di risorse. Nella sentenza emessa nell'appello civile n. 70010135028, giudicata il 22 dicembre 2004, si legge che

I giudici devono applicare il principio della riserva del possibile. Di fronte alla carenza di risorse per soddisfare tutte le richieste concernenti i diritti alla vita e alla salute, si devono stabilire priorità, per non relegare il trattamento dei casi di estrema necessità e urgenza, a discapito di altri pazienti. Appello dello Stato e riesame necessario non conosciuto e ricorso del Comune accolto.

Il 25 aprile 2007, la stessa Sezione proclamò che "è dovere dei giudici analizzare minuziosamente qualsiasi esigenza che utilizzi risorse economiche del Potere Pubblico", in conformità con il voto del revisore e del redattore, giudice Ricardo Raupp Ruschel:

APPELLO CIVILE N. 70018755868. STATUTO DEL BAMBINO E DELL'ADOLESCENTE. FORNITURA DI FARMACI. LEGISLAZIONE COSTITUZIONALE E INFRACOSTITUZIONALE. OSSERVANZA DEI LIMITI DELLA RISERVA DEL POSSIBILE E DELLE NORME INFRACOSTITUZIONALI A RISPETTO DEI CRITERI DI RIPARTIZIONE DELLE COMPETENZE NELL'AMBITO SANITARIO.

Nel nostro ordinamento giuridico, il diritto alla salute è considerato prioritario sia dal legislatore costituente, sia dal legislatore infracostituzionale, ed è responsabilità dello Stato (genere) la fornitura di quei farmaci a coloro che degli stessi hanno bisogno, rispettati, tuttavia, i limiti della riserva del possibile e i criteri di divisione delle competenze nell'ambito sanitario, pena il pregiudicare o, addirittura, rendere inoperante il sistema pubblico sanitario.

[...]

Ricorso accolto, a maggioranza.

GIUDICE RICARDO RAUPP RUSCHEL (REVISORE E REDATTORE) – Sto rivedendo la posizione in materia, richiedendo venia per divergere dall'eminente Relatore, poiché credo che l'appello dello Stato sia fondato. FORNITURA DI FARMACI.

#### 1. Considerazioni sul Diritto alla Salute

Effettivamente nel nostro ordinamento giuridico, il diritto alla salute è stato considerato prioritario sia dal legislatore costituente, sia dal legislatore infracostituzionale, secondo quanto si conclude dagli articoli 196 e 227 della CF, articolo 241 della CE, Legge Statale 9.908/93, e articolo 7 dello Statuto del Bambino e dell'Adolescente, tra gli altri.

Non si discute più, come anticamente, la responsabilità dello Stato (genere) per la fornitura di farmaci a coloro che ne hanno bisogno, non essendo motivi di esclusione della responsabilità del Potere Pubblico argomenti di 'mancanza di dotazione di bilancio', 'offesa del principio di indipendenza tra i Poteri', 'offesa della legge sugli appalti', ecc. In questo senso, si veda, appena come esempio, i seguenti giudizi: RE 242859/RS (STF), RE 195192/RS (STF), AC 70006064497 (TJRS), e AC 70011586864 (TJRS).

D'altro canto, non si riconosce, ugualmente, una responsabilità assoluta e illimitata da parte dello Stato (genere) nell'attenzione alla salute della popolazione. Così, nell'analisi di questioni comprendenti il diritto alla salute, i giudici devono definire la loro azione basandosi su due punti di riferimento, cioè, il principio della riserva del possibile e il criterio della divisione delle competenze nell'ambito sanitario.

#### 2. La Riserva del Possibile

In pratica succede che i limiti della riserva del possibile non sono così cristallini, richiedendo dall'autorità giudiziaria che destini alla questione un certo grado di obiettività, in modo che si stabilisca un criterio 'giusto'.

In questo modo, tendo a interpretare che lo Stato (genere) non è responsabile per qualsiasi servizio sanitario, ma appena per quelli ai quali, attraverso la legislazione infracostituzionale e norme amministrative, si obbligò esplicitamente, sulla base di scelte politiche da parte di chi spetta l'elaborazione, approvazione ed esecuzione delle politiche di bilancio (Potere Legislativo e Potere Esecutivo), a proposito delle quali non spetta ai giudici manifestarsi, pena l'invasione, senza motivo, del merito dell'atto amministrativo discrezionale e, di conseguenza, ferire il principio della separazione dei Poteri, previsto dall'articolo 2 della Costituzione Federale.

Evidentemente, è dovere dei giudici analizzare minuziosamente qualsiasi esigenza che richieda l'uso di risorse economiche del Potere Pubblico.

I giudici, dinanzi alla carenza di risorse per soddisfare tutti i diritti fondamentali costituzionali, i quali nella loro gran parte implicano prestazioni positive, deve cercare di preservare, quando è possibile, la volontà dell'Amministratore Pubblico, per non pregiudicare o persino rendere inoperante il sistema pubblico sanitario, dell'istruzione, ecc.

#### 3. Criteri di Divisione della Competenze nell'Ambito Sanitario

Se, da un lato, i limiti della riserva del possibile non sono così cristallini, dall'altro, definire i limiti di competenza di ciascuno tra pubblico, nell'ambito della sanità, non è un compito complesso.

In questo senso, l'articolo 196 della CF, nel determinare che "la salute è diritto di tutti e dovere dello Stato", si riferisce a tutti gli enti della Federazione, i quali hanno competenza comune nella cura della salute della popolazione, secondo l'articolo 23, II, della CF.

La Costituzione Statale, nello stesso senso, ha stabilito nel suo articolo 241 che 'la salute è diritto di tutti e dovere dello Stato e del Comune'.

Accade, tuttavia, che esistono nel nostro ordinamento giuridico norme infracostituzionali che regolano il sistema pubblico sanitario, trattando della divisione di competenze e attribuzioni, con lo scopo di decentrare i servizi, garantendo, così, una maggior efficacia delle politiche pubbliche destinate al trattamento delle necessità sanitarie della popolazione. Si veda, in questo senso, la Legge 8.080/90, in ambito federale, e la Legge 9.908/93, in ambito statale, per non parlare delle innumerevoli norme di carattere amministrativo. Relativamente alla politica di assistenza farmaceutica, esistono 'liste di farmaci' che stabiliscono la responsabilità dello Stato e del Comune per quanto riguarda la fornitura di quei farmaci, lì elencati, alla popolazione. Pertanto compete al Comune la fornitura di farmaci essenziali e allo Stato la fornitura di farmaci speciali ed eccezionali.

Rispetto al tema, si veda le seguenti sentenze emesse dalla 22<sup>a</sup> Camera Civile di questa Corte, i quali si occupano degli argomenti fin qui presentati: AC 70014211056, AC 70015780901, e AC 70012992020, tra gli altri.

In questo modo, trattandosi di fornitura di farmaci, devono essere osservate le 'liste', evitando che un ente venga onerato con la fornitura di un farmaco la cui responsabilità di fornitura non è sua.

#### 4. Il Caso Concreto

Presentate le considerazioni sopraccitate, di carattere teorico, necessarie, però, alla comprensione di quanto giudicato, passo all'analisi del caso concreto, che è ciò che effettivamente interessa.

In questo caso, la parte aggravata richiede la fornitura del medicamento 'Genotropin 12mg', perché portatrice della 'Sindrome di Turner' (CID Q96.0), e tale farmaco non è previsto nell'elenco della Circolare n. 238/2006, della Segreteria alla Sanità del Rio Grande do Sul, e nemmeno nelle Circolari 921 e 1.318 del Ministero alla Sanità, pertanto l'accoglimento del ricorso è una misura indispensabile.

Riconosco, tuttavia, e in base alla lista di farmaci inseriti nelle Circolari 921 e 1.318 del Ministero alla Sanità, la responsabilità dello Stato per la fornitura del farmaco 'Somatotrofina Rec. Hum. 4U/amp', che è il generico, di uguale efficacia di quello richiesto dall'autore e fornito gratuitamente dallo Stato del Rio Grande do Sul.

Tuttavia, condiziono la fornitura all'applicazione dei procedimenti amministrativi richiesti dallo Stato per la somministrazione del farmaco, di costo elevato e carattere eccezionale, ossia, ricettario adeguato a quello richiesto per la fornitura del medicamento.

[...]

Per tutto quanto esposto, accetto il ricorso.

Ciononostante, decisioni successive a questa non solo ignorarono completamente la "riserva del possibile", ma anche i criteri di divisione di competenze in materia sanitaria tra i livelli federale, statale e comunale. Sulla solidarietà illimitata degli enti federativi si fa riferimento alla seguente decisione del Tribunale di Giustizia dello Stato del Rio Grande do Sul, nel giudicare, il 19 giugno 2009, il ricorso di *embargos infringentes* n. 70029724341:

'EMBARGOS INFRINGENTES'. AZIONE PROPOSTA CONTRO LO STATO. SOLIDARIETÀ. SALUTE PUBBLICA. FORNITURA DI FARMACI. DIRITTO DI TUTTI E DOVERE DELLO STATO. ART. 196, CF. LEGITTIMITÀ PASSIVA DEGLI ENTI PUBBLICI. OBBLIGO DI SOLIDARIETÀ TRA UNIONE, STATI E COMUNI. 1) Lo Stato del Rio Grande do Sul è parte legittima per figurare nel polo passivo in una richiesta presentata per la fornitura di medicine, visto che ha l'obbligo solidale tra

l'Unione, Stati e Comuni. 2) I servizi sanitari sono di importanza pubblica e di responsabilità del Potere Pubblico. Necessità di preservare il bene giuridico più grande che è in gioco: la vita stessa. Applicazione degli articoli 5, § 1, 6 e 196 della CF. È diritto del cittadino esigere e dovere dello Stato fornire medicine di tipo eccezionale e apparecchiature indispensabili alla sopravvivenza, quando il cittadino non può provvedere al sostentamento proprio, senza privazioni. Presenza dell'interesse nell'agire per l'urgenza della misura richiesta. A MAGGIORANZA, HANNO ACCOLTO GLI 'EMBARGOS INFRINGENTES'. (11ª Sezione Civile, relatore Francisco José Moesch).

La stessa linea di interpretazione presenta la seguente decisione di concessione di tutela anticipata, emessa il 02 luglio 2010 dal magistrato della 1ª Sezione del Tribunale Speciale Federale Civile della Sottosezione Giudiziaria di Porto Alegre, nel processo n. 2010.71.50.0211824:

ISABELA PERES DIEMER, rappresentata da sua madre, Cíntia Peres Silvério, inoltra la presente azione contro l'Unione, lo Stato del Rio Grande do Sul e il Comune di Porto Alegre, per ottenere la fornitura del farmaco Palivizumabe 100 mg., che non risulta nella lista di quei farmaci che sono messi a disposizione dal Sistema Unico Sanitario per mezzo della Segreteria Statale e Comunale alla Sanità.

Inizialmente, riconosco sin d'ora la legittimità passiva dei rei, osservando che la giurisprudenza del Tribunale Regionale Federale della 4ª Regione segue il senso secondo il quale la protezione alla salute è compito attribuito agli enti federati, indistintamente, esistendo una specie di responsabilità solidale tra l'Unione, gli Stati, il Distretto Federale e i Comuni, alla prestazione dei rispettivi servizi.

In questo senso, i seguenti precedenti:

AMMINISTRATIVO. FORNITURA DI FARMACI. DIRITTO ALLA SALUTE. DOVERE DELLO STATO.

1. Come ben stabilito nella Costituzione della Repubblica (art. 196), il diritto pubblico soggettivo alla salute rappresenta prerogativa giuridica assicurata alla totalità delle persone. Traduce bene giuridico costituzionalmente tutelato, per cui l'integrità deve proteggere, in modo responsabile, il Potere Pubblico, al quale incombe formulare – e implementare – politiche sociali ed economiche che mirino a garantire ai cittadini l'accesso universale ed egualitario all'assistenza farmaceutica, medica e ospedaliera.

2. Dimostrando il precario stato di salute, non vi è modo di escludere la responsabilità dei rei nel fornire il medicamento necessario alle cure della malattia della quale l'autrice soffre.

3. L'Unione, gli Stati Membri e i Comuni hanno legittimità passiva nelle cause che trattano la fornitura di farmaci.

(TRF 4ª Regione, 3ª Sezione, AC n° 200571100008370/RS, Rel. Juiz MARCELO DE NARDI, Rel. p/sentenza Giudice Federale LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON, D.E. 09/07/2008)

PROCESSUALE CIVILE. 'AGRAVO INTERNO'. DIRITTO ALLA SALUTE. DOVERE DELLO STATO. SOLIDARIETÀ DEGLI ENTI FEDERATIVI. LEGITTIMITÀ PASSIVA. FORNITURA DI FARMACI.

La Costituzione Federale del 1988 innalza la salute a diritto di tutti e dovere dello Stato, secondo quanto disposto nell'articolo 196. Pertanto, è obbligo dello Stato, nel senso generico (Unione, Stati, Distretto Federale e Comuni), assicurare alle persone sprovviste di risorse finanziarie l'accesso ai farmaci necessari alla cura delle proprie malattie, in particolare le più gravi.

Considerando che il SUS è composto dall'Unione, Stati e Comuni, si riconosce la solidarietà dei tre enti federativi nel polo passivo della richiesta. Ricorso non accolto.

(TRF 4ª Regione, 3ª Sezione, AGVAC n° 200472000176527/RS, Relatore CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, j. 11/12/2007, D.E. 16/01/2008)

AMMINISTRATIVO. FORNITURA DEL FARMACO ('INTERFERON PEGUILADO' E 'RIBAVIRINA'), PER LA CURA DELL'EPATITE C. DIRITTO ALLA SALUTE. RESPONSABILITÀ SOLIDALE DELL'UNIONE, STATI MEMBRI, DISTRETTO FEDERALE E COMUNI. OBBLIGO DEL FARE.

È obbligo dello Stato (Unione, Stati Membri, Distretto Federale e Comuni) assicurare alle persone sprovviste di risorse finanziarie l'accesso a medicinali o congeneri necessari alla cura, controllo o attenuazione delle loro malattie, soprattutto le più gravi.

Visto che il SUS è composto dall'Unione, Stati Membri e Comuni, si riconosce, in funzione della solidarietà, la legittimità passiva di uno qualsiasi di essi nel polo passivo della richiesta.

(TRF 4ª Regione, 3ª Sezione, AC n° 200672000111591/RS, Rel. Giudice VÂNIA HACK DE ALMEIDA, 20/11/2007, D.E. 05/12/2007)

Entrando nel merito propriamente detto, evidenzio, inizialmente, che gli articoli 196 e 197 della Costituzione Federale dispongono che: 'La salute è diritto di tutti e dovere dello Stato, garantito mediante politiche sociali ed economiche che mirano alla riduzione del rischio di malattie e di altri aggravamenti e all'accesso universale ed egualitario alle azioni e servizi per la diffusione, protezione e recupero', e 'Sono di importanza pubblica le azioni e servizi di salute, spettando al Potere Pubblico disporre, a norma di legge, sulla loro regolamentazione, controllo ed esecuzione, che devono essere fatti direttamente o attraverso terzi e, anche, da persona fisica o giuridica di diritto privato.'

Nonostante il diritto alla salute sia essenzialmente di carattere sociale e, come tale, deve essere considerato rispetto alla collettività, e non a ogni individuo, la nozione di individualità non può essere pienamente eliminata dal suo concetto, dato il suo carattere fondamentale, basato sulla dignità della persona umana. La protezione data all'individuo concretizza il postulato dell'inviolabilità del diritto alla vita (e *vita degna*, si ammetta), inserito nel *caput* dell'articolo 5 della Costituzione Federale. Per questa ragione il rispetto alla salute umana e alle azioni tendenti a proteggerla si traducono in dovere indeclinabile del Potere Pubblico, qualsiasi sia la sua sfera di attribuzioni istituzionali, la cui prestazione sarà considerata adempiuta solamente quando il comando normativo che emerge dal citato articolo 196 è pienamente soddisfatto.

Stabilite queste premesse, è possibile evidenziare che i documenti allegati all'iniziale non lasciano dubbi che è evidente l'urgenza nella concessione del farmaco destinato a immunizzare il neonato prematuro contro il virus sinciziale respiratorio, nel periodo della sua stagionalità. Constono agli atti prescrizione e rapporti medici (documenti RECEIT8, LAU6 e ATESTMED7), oltre alle informazioni e al certificato delle dimissioni ospedaliere (documenti INF9 e PROCADM12), che attestano la necessità del medicamento per l'autore, perché previene il rischio di contrarre bronchiolite da virus sinciziale, malattia che può avere complicazioni gravi, anche fatali, in pazienti prematuri che hanno un quadro di displasia broncopolmonare. Dell'insieme delle prove è opportuno mettere in evidenza la seguente parte del rapporto medico allegato agli atti: '[...] In funzione di questo precedente medico, il paziente presenta serio rischio di bronchiolite causata dal Virus Sinciziale Respiratorio, con complicazioni gravi, a volte fatali, in bambini che presentano diagnosi sopraccitate. Risalto che non esiste un trattamento specifico disponibile presso la rete pubblica per questa patologia e questo paziente ha la necessità di ricevere gli anticorpi monoclonali (Palivizumab) contro questo virus, a causa della sua bassa capacità immunologica derivante dalla sua prematurità.'

Risulta, pertanto, evidente la necessità del farmaco indicato dall'autore, che non è distribuito dalla rete pubblica per il trattamento al quale viene sottoposto.



La famiglia, da quanto risulta agli atti, non dispone di mezzi finanziari per l'acquisto del farmaco, il cui costo mensile supera R\$ 4.000,00.

Pertanto, nella contingenza di un giudizio preliminare, non vedo il modo di non concedere all'autore il medicamento che gli è stato prescritto.

Si osservi, inoltre, che le attività preventive sono una delle direttive del SUS (articolo 198, II della CF), ragion per cui sarebbe incongruente negare il farmaco che può evitare un ricovero, anche in UTI, i cui costi certamente sarebbero a carico del Sistema.

È, pertanto, giustificata la richiesta di anticipo degli effetti della tutela, perché è responsabilità dell'Unione provvedere alla fornitura del medicamento prescritto, poiché essa è la responsabile della distribuzione delle risorse del Sistema e dell'acquisto di medicinali che non sono inseriti nelle liste.

Osservo, però, che malgrado sia stata richiesta nell'iniziale la fornitura di 04 (quattro) dosi, la ricetta medica allegata agli atti (documento RECEIT8), datata 25.06.2010, prescrive 03 (tre) ampolle del farmaco, per 1 applicazione al mese, durante i mesi di luglio, agosto e settembre, presumibilmente perché l'autore ha ricevuto la prima dose già alla fine del mese di maggio (giorno 29), come risulta dal prontuario di dimissione ospedaliera e nelle informazioni prestate dal medico assistente. La determinazione della fornitura, pertanto, deve essere ristretta alla quantità di farmaco prescritta nella ricetta medica.

Detto ciò, CONCEDO L'ANTICIPO DELLA TUTELA, determinando l'IMMEDIATA intimazione dell'Unione perché fornisca all'autore 034 (tre) dosi del farmaco Palivizumabe 100 mg, o depositi presso il conto corrente a disposizione di questo Tribunale, il valore sufficiente all'acquisto, entro improrogabili 10 (dieci) giorni, pena la fissazione di multa giornaliera.

Il valore da depositare, nell'ipotesi in cui l'Unione non possa fornire il medicamento entro la scadenza stabilita, è di R\$ 12.249,00 (dodicimiladuecentoquarantanove Reais), corrispondenti al minor costo unitario preventivato (R\$ 4.083,00) allegato agli atti (documento OUT10).

Si applichi il mandato, con urgenza.

Si citi.

Contemporaneamente, considerando che si tratta di un incapace, si invia al Pubblico Ministero ai fini dell'articolo 82, I, del CPC. Ana Maria Wickert Theisen, Giudice Federale Sostituta.

Si trovano sentenze ampiamente additive e con effetto immediato pure in materia di istruzione, anche quando mancano le risorse e la legge di autorizzazione. Un caso paradigmatico relativo il diritto all'istruzione fu il ricorso straordinario n. 410.715-5, citato al punto 3.5, in cui il Supremo Tribunale Federale, con base nell'articolo 208, comma IV della Costituzione, determinò nei confronti del Comune di Santo André, localizzato nello Stato di San Paolo, l'apertura negli asili nido e scuole materne vicine alle residenze dei bambini di tutti i posti richiesti, secondo l'ordine giudiziale di prima istanza.

In Italia, invece, la Corte costituzionale ha affermato che "il compito di facilitare, per poterlo rendere effettivo, il diritto allo studio e all'istruzione mediante l'adozione di idonee misure strumentali" spetta ai soggetti pubblici competenti "entro i limiti consentiti dalle risorse di cui rispettivamente dispongono".<sup>262</sup>

<sup>262</sup> Corte Costituzionale, 16 febbraio 1982, n. 36, in Foro italice, 1982, I, 1526.

Per quanto riguarda la formazione post universitaria, alla quale hanno accesso i capaci e i meritevoli, secondo l'articolo 34 della Costituzione, i gradi "debbono essere adempiuti nell'osservanza dei limiti del bilancio dello Stato".<sup>263</sup>

Sono lodevoli gli sforzi dei giudici qui e all'estero, in favore dei diritti fondamentali. I giudici di 1° grado e i Tribunali stessi hanno formulato un'interpretazione meno formalista di questi diritti, dimostrando non solo logica giuridica, ma coscienza sociale.<sup>264</sup>

Tuttavia, è importante che, in questa tesi di dottorato, si apra uno spazio di riflessione sull'argomento, i cui riflessi sono molteplici.

Da un lato, c'è chi sostiene, con base nel principio della separazione dei poteri, che

Emettere sentenze additive sotto l'impatto della pressione dei fatti, anche di fatti sociali molto tristi, come la possibilità della perdita della vita o della mancanza di risorse per l'acquisto di farmaci, non è ruolo del giudiziario. Esso non crea denaro, ridistribuisce il denaro che possedeva altre destinazioni stabilite dal Legislativo e applicate dall'Esecutivo – è il 'Limite di Bilancio' di cui parlano gli economisti o la 'Riserva del Possibile' dei giuristi.<sup>265</sup>

Non passa inosservato anche che

Gli individui che si dirigono ai giudici per richiedere beni o servizi in materia di diritti fondamentali non sempre saranno rappresentanti delle classi meno abbienti della società. Le necessità di questi, quasi sempre, non arrivano ai Tribunali e non sono ascoltati dai giudici. In questo contesto, quello che si può verificare è uno spostamento di risorse delle politiche pubbliche generali – che, in tesi, dovrebbero favorire i più bisognosi in maniera diretta – verso richieste specifiche di coloro che posseggono informazioni e capacità di organizzazione.<sup>266</sup>

Un altro aspetto preoccupante è che non sempre il giudice dispone di elementi sufficienti e sicuri di valutazione dell'azione statale, nei settori contabile e di bilancio.

<sup>263</sup> Corte Costituzionale, 21 febbraio 1996, n. 208, in Foro italiceo, 1996, I, 2.613.

<sup>264</sup> KRELL, Andreas J. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais. In: SARLET, Ingo (org.) **A Constituição concretizada. Construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 40.

<sup>265</sup> SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.) **Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 171.

<sup>266</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.) **Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 127.

Si ritiene che, se la questione dei costi non viene opportunamente presa in esame dalle decisioni giudiziali, evidentemente a fianco di altri criteri, persisterà la situazione attualmente verificata di tutela integrale dei diritti individuali e meramente parziale dei diritti sociali, che reputiamo ugualmente inaccettabile.<sup>267</sup>

---

<sup>267</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 230-231.

## CAPITOLO 4 - BILANCIO PUBBLICO

**4.1** Il bilancio pubblico nella Costituzione del 1988. **4.1.1** L'elaborazione e l'applicazione del bilancio pubblico nel sistema italiano. **4.2** La Costituzione Brasiliana e il vincolo del bilancio pubblico con i diritti sociali. **4.3** Misure giudiziali di effettuazione delle norme costituzionali relative a diritti fondamentali. **4.3.1** L'intervento. **4.3.2** L'azione diretta di incostituzionalità per omissione. **4.3.4** Mandato di ingiunzione. **4.4** Il controllo esterno realizzato dalle Corti dei Conti.

### 4.1 Il bilancio pubblico nella Costituzione del 1988

Nei regimi democratici, la decisione sulla destinazione delle risorse pubbliche appartiene al popolo. Trattandosi di una democrazia rappresentativa, questa decisione compete ai rappresentanti eletti<sup>268</sup>, che lo fanno sotto forma di legge.

La legge di bilancio, conosciuta anche come "legge dei mezzi", è il cardine dell'attività governativa, perché rappresenta il suo piano di lavoro.

La Costituzione della Repubblica del Brasile consolidò il bilancio pubblico come un sistema di pianificazione strutturale che comprende tutti i programmi e le mete del governo. Questa integrazione caratterizza il cosiddetto bilancio-programma.<sup>269</sup>

In sintesi, si può affermare che il bilancio è lo strumento che autorizza spese e che stima entrate pubbliche. Deve comprendere solamente argomenti di bilancio. L'articolo 165, comma 8 della Costituzione federale contempla il principio di bilancio dell'esclusività, che mira a evitare l'inclusione di materia non pertinenti al bilancio, come è avvenuto in un passato recente.<sup>270</sup>

---

<sup>268</sup> Secondo l'articolo 1, comma unico della Costituzione Federale, "Tutto il potere deriva dal popolo, che lo esercita attraverso rappresentanti eletti o direttamente, nei termini di questa Costituzione." Trova corrispondenza nell'articolo 1 della Costituzione italiana, che enuncia: "L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione."

<sup>269</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 622.

<sup>270</sup> Il testo di questa norma è la seguente: "Art. 165. Leggi di iniziativa del Potere Esecutivo stabiliranno: I – il piano pluriennale; II – le direttive di bilancio; III - i bilanci annuali. § 8 – La legge annuale di bilancio non conterrà dispositivo estraneo alla previsione delle entrate e alla definizione delle spese, non inserendo nella proibizione l'autorizzazione per l'apertura di crediti supplementari e contrattazione di operazioni di credito, anche per anticipazione di entrate, a norma di legge".

Il primato della pratica di bilancio spetta all'Inghilterra. Per mezzo della Magna Carta del 1215, il re fu obbligato a convocare il Parlamento per votare la "legge dei mezzi" e il suo raggio d'azione per istituire e raccogliere imposte fu limitato.

Risulta evidente che il bilancio costituisce un'importante meccanismo di controllo del Potere Esecutivo, al quale spetta l'applicazione della legge (di bilancio). Permette che il Potere Legislativo, con l'aiuto della Corte dei Conti, controlli i conti del Potere Pubblico.

Rappresenta, infine, uno strumento di esercizio della democrazia, per il quale i privati esercitano il diritto di, attraverso i propri mandatari, vedere applicate solamente le spese e raccolti i tributi autorizzati dalle legge di bilancio.

La legge di bilancio è di esclusiva iniziativa del Presidente della Repubblica, secondo gli articoli 84, comma XXIII, e il già citato articolo 165 della Costituzione brasiliana.

Il processo legislativo di bilancio è considerato speciale, perché soggetto a norme proprie. Le regole del processo legislativo hanno applicazione appena sussidiaria.

Il momento della presentazione del progetto della legge di bilancio non è di arbitrio del Presidente della Repubblica; è fissato dal comma 2 dell'articolo 35 dell'Atto delle Disposizioni Costituzionali Transitorie (ADTC). Questo dispositivo è applicabile fino a quando viene creata la legge complementare prevista nell'articolo 165, comma 9, I e II della Costituzione federale. Quindi, trattandosi di progetto di legge di bilancio dell'Unione, deve essere presentato entro quattro mesi prima della chiusura dell'esercizio finanziario e restituito al Potere Esecutivo per essere sancito entro la chiusura della sessione legislativa, il 22 dicembre.<sup>271</sup>

---

<sup>271</sup> Il comma 9 dell'articolo 165 della Costituzione stabilisce che: "§ 9 – Spetta alla legge complementare: I – Stabilire sull'esercizio finanziario, la vigenza, le scadenze, l'elaborazione e l'organizzazione di un piano pluriennale, sulle leggi delle direttive di bilancio e sulla legge annuale di bilancio; II – stabilire norme di gestione finanziaria e patrimoniale dell'amministrazione diretta e indiretta e, inoltre, le condizioni per l'istituzione e il funzionamento dei fondi." Il comma 2 dell'articolo 35 dell'Atto delle Disposizioni Costituzionali Transitorie (ADTC) si riporta a esso, come segue: "§ 2 - Entro l'entrata in vigore della legge complementare alla quale fa riferimento l'articolo 165, § 9, I e II, saranno rispettate le seguenti norme: I – il progetto del piano pluriennale, per il periodo fino alla fine del primo esercizio finanziario del mandato presidenziale seguente, sarà presentato entro quattro mesi dalla chiusura del primo esercizio finanziario e restituito per la sanzione entro la chiusura della sessione legislativa; II – il progetto di legge delle direttive di bilancio sarà presentato entro gli otto mesi e mezzo precedenti la chiusura dell'esercizio finanziario e restituito per la sanzione entro la chiusura del primo periodo della sessione legislativa; III – il progetto di legge di bilancio dell'Unione sarà

Spetta al Congresso Nazionale, con la sanzione del Presidente della Repubblica, disporre, secondo l'articolo 48, II della Costituzione federale, a proposito del Piano Pluriennale (PP), sulla Legge di Direttive di Bilancio (LDO) e sulla Legge di Bilancio Annuale (LOA).<sup>272</sup>

I progetti sono analizzati da una Commissione Mista permanente di senatori e deputati federali.

Malgrado ai parlamentari sia permesso presentare emendamenti, essi non possono alterare il progetto di bilancio, cioè, non possono implicare una revisione drastica del testo originale, dato che il potere di iniziativa è riservato, esclusivamente, al capo del Potere Esecutivo. Gli emendamenti sono ridotti per non bloccare l'attività governativa. Secondo l'articolo 166, comma 3 della Costituzione federale, devono essere compatibili con il Piano Pluriennale e con la Legge di Direttive di Bilancio e indicare, inoltre, le risorse necessarie per far fronte alle spese previste.<sup>273</sup>

Emendamenti contenenti suggerimenti di nuove spese devono indicare quali saranno annullate, al loro posto. Non possono essere annullate solamente le spese relative al pagamento del personale e i rispettivi oneri; al servizio del debito pubblico e ai trasferimenti tributari costituzionali per gli Stati, Comuni e Distretto Federale, secondo il già citato articolo 166, comma 3, II della Costituzione federale.

È opportuno evidenziare che il bilancio non si specchia solamente nella scelta preventiva di priorità, comprendendo anche il controllo della sua applicazione.

presentato entro i quattro mesi precedenti la chiusura dell'esercizio finanziario e restituito per la sanzione entro la chiusura della sessione legislativa.”

<sup>272</sup> Il sistema di bilancio è composto da tre leggi (o tre bilanci): piano pluriennale; leggi delle direttive di bilancio e bilancio annuale. Ha lo scopo di stabilire, in modo regionalizzato, linee guida, obiettivi e mete per la Pubblica Amministrazione Federale. Nessun investimento la cui applicazione superi un esercizio finanziario potrà essere inserito nel progetto di bilancio, senza essere previsto nel Piano Pluriennale, per non essere inquadrato nel crimine di responsabilità (articolo 167, comma 1 della Costituzione federale). Ha la durata di quattro anni ed è elaborato nel primo anno del mandato presidenziale, con vigenza fino al primo anno del mandato successivo.

La Legge di Direttive di Bilancio, a sua volta, definisce mete e priorità per la Pubblica Amministrazione Federale e orienta sulla formazione della Legge Annuale di Bilancio. Deve essere elaborata nel primo semestre e ha carattere annuale. L'articolo 57, comma 2 della Costituzione federale stabilisce che la sessione legislativa non sarà interrotta senza l'approvazione del progetto di Legge di Direttive di Bilancio.

<sup>273</sup> L'articolo 166 della Costituzione Federale, nel suo comma 3, stabilisce che: “Gli emendamenti al progetto di legge del bilancio annuale o ai progetti che lo modificano, possono essere approvati solo se: I – siano compatibili con il piano pluriennale e con la legge di direttive di bilancio; II – indichino le risorse necessarie, ammettendo solamente quelle provenienti dalla cancellazione di spesa, escluse quelle che incidano sulle: a) dotazioni per personale e rispettivi oneri; b) servizio del debito pubblico; c) trasferimento tributario costituzionale verso gli Stati, i Comuni e Distretto Federale; o III - siano legati: a) alla correzione di errori od omissioni; o b) ai dispositivi del testo del progetto di legge”.

Chi effettua il controllo dell'applicazione del bilancio sono i Tribunali dei Conti, perché anche le persone giuridiche di diritto pubblico richiedono un controllo di risultati.

L'articolo 165, comma 3 della Costituzione determina che sia data all'applicazione di bilancio, entro 30 giorni successivi alla chiusura di ogni bimestre, l'adeguata pubblicità. Questa norma si rivela abbastanza salutare, per propiziare, perlomeno in tesi, il controllo sociale per quanto riguarda la gestione delle risorse pubbliche.

#### 4.1.1 L'elaborazione e l'applicazione del bilancio pubblico nel sistema italiano

Le risorse finanziarie costituiscono un elemento fondamentale per l'effettivo soddisfacimento dei compiti pubblici.

Il sistema finanziario italiano è basato, sul versante dell'entrata, quasi interamente da mezzi raccolti mediante il prelievo tributario e assai poco dall'utilizzazione economica dei beni appartenenti al patrimonio pubblico.<sup>274</sup>

Uno degli aspetti del complesso di provvedimenti che, nella seconda metà dell'anno, vengono adottati per definire la politica economico-finanziaria dello Stato è il bilancio.<sup>275</sup>

Il bilancio ha assunto nello Stato moderno un'importanza sempre crescente, oltre che di strumento contabile principalmente di strumento politico-costituzionale. Rappresenta ciò che viene sottratto alle economie private per essere destinato al soddisfacimento dei bisogni pubblici.

Contiene l'indicazione delle entrate e delle spese che si prevede saranno realizzate ed erogate in un periodo di tempo determinato, generalmente un anno.

Come il bilancio è espressione precipua della politica governativa, non è possibile che il Parlamento proponga la legge di bilancio. Questo documento non può che essere predisposto dall'amministrazione. Entro il 30 settembre il Governo deve presentare il disegno di legge di approvazione del bilancio annuale e del bilancio pluriennale nonché il disegno di legge finanziaria.<sup>276</sup>

<sup>274</sup> Raccomandiamo la lettura dell'articolo "Norme sulla normazione e limiti all'interpretazione autentica (brevi riflessioni a margine del recente "Statuto dei Diritti del Contribuente"), di Giovanni Serges, estratto dal volume II, *Trasformazioni della funzione legislativa. Crisi della legge e sistema delle fonti*, a cura di Franco Modugno, Giuffrè, 2000.

<sup>275</sup> FERRARA, Franco Batistoni; BELLÉ, Brunella. *Corso di diritto finanziario*. Padova: CEDAM, 2005, p. 3.

<sup>276</sup> La Legge Finanziaria è una legge annuale di coordinamento dinamico della finanza pubblica, sostanzialmente con lo scopo di affiancare il bilancio. Costituisce l'elemento di raccordo tra bilancio

In realtà, in tutti i Paesi la preparazione del bilancio è affidata al potere esecutivo, mentre al potere legislativo è riservato il compito di esaminare i vari aspetti del bilancio per concludere con una deliberazione che renda esecutivo il medesimo.<sup>277</sup>

Pertanto, il bilancio è l'espressione di una scelta di natura politica: è la trascrizione, per così dire, in termini contabili, dell'indirizzo e del programma politico deliberati, a seconda degli Stati, dal Parlamento e dal Governo, e così via.<sup>278</sup>

Il bilancio conferisce al potere esecutivo la facoltà di gestire dei beni per il perseguimento delle finalità pubbliche. Però, se da un lato consente l'indirizzo della politica economica e fiscale, d'altro canto consente di percepire il livello qualitativo dell'attività svolta dal Governo, in ambito economico.<sup>279</sup>

La legge di bilancio non crea, di per sé, né le fonti di entrata né le spese; quindi, presuppone l'esistenza di una legislazione che preveda sia l'imposizione dei tributi, sia l'erogazione di spese.

Non riesce possibile una definizione semplice dei rapporti che nascono fra potere legislativo e potere esecutivo quando dalla deliberazione del bilancio finanziario. Del capovolgimento dei rapporti fra potere legislativo e potere esecutivo è indice l'articolo 81 della Costituzione italiana.

L'articolo 81 detta la disciplina costituzionale della decisione di bilancio; esso si compone di quattro commi. Il primo disciplina il rapporto Parlamento-Governo e le attribuzioni rispettive; il secondo limita, nel contesto del rapporto di cui sopra, il potere attuativo della decisione di bilancio; l'articolo, infine, nei due ultimi commi detta norme speciali per contenere in occasione dei bilanci o di altre leggi la soverchia facilità della pubblica spesa.<sup>280</sup>

annuale, bilancio pluriennale a legislazione vigente e pluriennale programmatico, il perseguimento dei cui obiettivi essa mira a rendere possibile. Per il fatto di essere approvata dopo il bilancio, sui cui capitoli interviene, modificandoli, deve essere fornita di adeguata clausola di copertura finanziaria delle eventuali nuove spese che comporta. Oggi la finanziaria è sotto la previsione del quarto comma dell'articolo 81 (legge ordinaria) della Costituzione, invece del terzo (legge di bilancio). (EMPOLI, Domenico da; IOANNA, Paolo de; VEGAS, Giuseppe. **Il bilancio dello Stato. La finanza pubblica tra Governo e Parlamento**. 4. ed. Milano: Il Sole, 2005, p. 66, 70 e 72).

<sup>277</sup> Il Parlamento svolge una funzione di controllore politico dell'esecutivo. L'approvazione del bilancio, secondo l'articolo 72, ultimo comma della Costituzione può avvenire solo con procedura normale. (**Contabilità e finanza degli enti locali**. XIV ed. Napoli: Simone, 2008, p. 9).

<sup>278</sup> **Enciclopedia del diritto**, V, Milano: Giuffrè Editore, 1959, p. 378-379.

<sup>279</sup> Secondo FERRARA, Franco Batistoni; BELLÉ, Brunella. **Corso di diritto finanziario**. Padova: CEDAM, 2005, p. 9.

<sup>280</sup> L'articolo 81 della Costituzione italiana ha il seguente contenuto: "Art. 81. Le Camere approvano ogni anno i bilanci e il rendiconto consuntivo presentati dal Governo. L'esercizio provvisorio del bilancio non può essere concesso se non per legge e per periodi non superiori complessivamente a



Anche se il bilancio venga organizzato per capitoli di spesa facenti capo ai singoli Ministeri, gran parte della gestione finanziaria si svolge negli enti territoriali: province, regioni, comuni e città metropolitane.<sup>281</sup>

I servizi forniti dalle comunità locali sono parte integrante del *welfare* complessivo, verificando la necessità di introdurre forti elementi di equità fiscale nel sistema finanziario.<sup>282</sup>

Infine, l'approvazione del bilancio per legge deve consentire il controllo da parte dei cittadini. È infatti vietato il procedimento abbreviato che coinvolge le commissioni parlamentari in sede deliberante. L'esigenza della pubblicità del bilancio è assicurata dal particolare procedimento previsto dal citato articolo 81 della Costituzione.

#### **4.2 La Costituzione Brasiliana e il vincolo del bilancio pubblico con i diritti sociali**

La Costituzione della Repubblica Federativa del Brasile impone diversi limiti alla spesa pubblica. Così, nell'articolo 167, I, proibisce l'inizio di programmi o di progetti che non siano stati inseriti nella Legge di Bilancio Annuale.

La Legge Complementare Federale n. 101 del 04 maggio 2000, a sua volta, stabilisce norme di finanze pubbliche dirette alla responsabilità della gestione fiscale da applicarsi a tutti gli enti federativi. Secondo il testo del suo articolo 1,

Questa Legge Complementare stabilisce norme di finanze pubbliche dirette alla responsabilità nella gestione fiscale, in base al Capitolo II del Titolo VI della Costituzione.

§ 1 La responsabilità nella gestione fiscale presuppone l'azione pianificata e trasparente, nella quale si prevencono rischi e si correggono scostamenti capaci di intaccare l'equilibrio dei conti pubblici, mediante il raggiungimento di mete di risultati tra entrate e spese e il rispetto dei limiti e condizioni per

---

quattro mesi. Con la legge di approvazione del bilancio non si possono stabilire nuovi tributi e nuove spese. Ogni altra legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte. " (*Enciclopedia Giuridica*. Istituto della Enciclopedia Italiana. Roma: Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1988, p. 2).

<sup>281</sup> FERRARA, Franco Batistoni; BELLÉ, Brunella. **Corso di diritto finanziario**. Padova: CEDAM, 2005, p. 9.

<sup>282</sup> Secondo Enzo Bianco, allora Presidente dell'Associazione Nazionale dei Comuni Italiani. (BIANCO, Enzo. **Federalismo fiscale**. Atti del convegno promosso dai Presidenti delle Commissioni Finanze e Tesoro del Senato della Repubblica e Finanze della Camera dei deputati in occasione della presentazione degli atti dell'indagine conoscitiva sul federalismo fiscale. Roma: Senato della Repubblica, mag. 1999, p. 90).

quanto riguarda la rinuncia a entrate, creazione di spese col personale, della sicurezza sociale e altri, debiti consolidati e mobilia, operazioni di credito, compresi gli anticipi di entrate, concessione di garanzia e registrazione a Rimanenze a Pagare.

§ 2 Le disposizioni di questa Legge Complementare obbligano l'Unione, gli Stati, il Distretto Federale e i Comuni.

Ancora sulla linea del controllo della spesa pubblica, si trova la proibizione, come regola generale, del vincolo dell'entrata di imposte a organo, a fondo o a spesa, come risulta all'articolo 167, IV, della Costituzione.<sup>283</sup> Si tratta del principio di bilancio delle entrate non vincolate, il cui scopo è di evitare che sia ostacolato il finanziamento di spese generiche da parte del bilancio. Si osservi che la restrizione ricade, solamente, sulla modalità "imposta".

Tuttavia, il legislatore costituente stesso prevede eccezioni a questa regola. Per quanto riguarda questo dispositivo, nella sua parte conclusiva, con il testo risultante dall'emendamento costituzionale n. 42 del 19 dicembre 2003, fanno eccezione il prodotto delle entrate delle imposte secondo gli articoli 158 e 159, che si occupano, rispettivamente, della distribuzione obbligatoria agli Stati, al Distretto Federale e ai Comuni; le attività dell'amministrazione tributaria, come pure le risorse per la manutenzione e lo sviluppo dell'istruzione e per le azioni e servizi pubblici nell'area sanitaria.<sup>284</sup>

Di conseguenza, trattandosi di istruzione o sanità, non esiste divieto al vincolo dell'entrata di imposte per tali fini, trattandosi di priorità dello Stato brasiliano.<sup>285</sup>

---

<sup>283</sup> Secondo l'articolo 167, della Costituzione, sono vietati: "IV – il vincolo di entrate di imposte a organi, fondi o spese, fatto salvo la divisione del prodotto delle entrate di imposte ai quali fanno riferimento gli articoli 158 159, la destinazione di risorse per azioni e servizi pubblici sanitari, per la manutenzione e lo sviluppo dell'istruzione e per la realizzazione di attività dell'amministrazione tributaria, come determinato, rispettivamente, dagli articoli 198, § 2, 212 e 37, XXII, e la prestazione di garanzie alle operazioni di credito su anticipazione di entrate, previste dall'articolo 165, § 8 e come disposto nel § 4 di questo articolo" (Testo risultante dall'Emendamento Costituzionale n. 42 del 19/12/2003).

<sup>284</sup> Fu uno degli articoli della Costituzione che ha sofferto maggiori modifiche: prima con l'emendamento costituzionale n. 3/93, poi con quello n. 29/2000 e, in seguito, dal 42/2003.

<sup>285</sup> È sempre opportuno evidenziare l'importanza del sistema scolastico per la costruzione di un sistema più giusto. Malgrado il sistema scolastico non possa equiparare le opportunità o dare cultura a tutti, può tuttavia, non ampliare le disuguaglianze. Molte volte la scuola aggrava, per così dire, le diversità che hanno origine nelle posizioni occupate dagli individui nello spazio sociale, proprio per privilegiare la cultura dominante, nel valorizzare rapporti con il sapere associati agli stili dell'élite, nel costruire e favorire modi di valutazione i cui criteri si basano, anch'essi, su distinzioni sociali. I fattori di disuguaglianza culturale si trasfigurano in disuguaglianze scolastiche. Nel trattare in modo uguale chi è differente, la scuola privilegia, in modo dissimulato chi, con il proprio bagaglio familiare, è già privilegiato. Come afferma Pierre Bourdieu, "non basta avere come fine la democratizzazione reale dell'istruzione. In assenza di una pedagogia razionale capace di neutralizzare con metodo e in modo continuato, dalla scuola materna all'università, l'azione dei fattori sociali di diversità culturale, la

Tant'è vero che l'articolo 198 della Costituzione determina:

§ 2 L'Unione, gli Stati, il Distretto Federale e i Comuni applicheranno, annualmente, in azioni e servizi pubblici sanitari risorse minime derivate dall'applicazione di percentuali calcolate su: (Inserito dall'Emendamento Costituzionale n. 29 del 2000)

I – nel caso dell'Unione, nella forma definita secondo la legge complementare prevista al § 3, (Inserito dall'Emendamento Costituzionale n. 29 del 2000)

II – nel caso degli Stati e del Distretto Federale, il prodotto delle entrate delle imposte al quale si riferisce l'articolo 155 e delle risorse trattate agli articoli 157 e 159, I, lettera *a*, e II, dedotte le parti che saranno trasferite ai rispettivi Comuni; (Inserito nell'Emendamento Costituzionale n. 29 del 2000)

III – nel caso dei Comuni e del Distretto Federale, il prodotto dell'esazione delle imposte al quale si riferisce l'articolo 156 e delle risorse trattate agli articoli 158 e 159, I, lettera *b* e § 3. (Inserito dall'Emendamento Costituzionale n. 29 del 2000)

§ 3 Legge Complementare, che sarà nuovamente analizzata perlomeno a ogni cinque anni, stabilirà: (Inserito dall'Emendamento Costituzionale n. 29 del 2000)

I – le percentuali di cui tratta il § 2; (Inserito dall'Emendamento Costituzionale n. 29 del 2000)

II – i criteri di divisione delle risorse dell'Unione vincolate alla sanità destinate agli Stati, al Distretto Federale e ai Comuni, e degli Stati destinate ai loro rispettivi Comuni, per una progressiva riduzione delle disparità regionali; (Inserito dall'Emendamento Costituzionale n. 29 del 2000)

III – le norme di vigilanza, valutazione e controllo delle spese con la sanità nelle sfere federale, statale, distrettuale e comunale; (Inserito dall'Emendamento Costituzionale n. 29 del 2000)

IV – le norme di calcolo del montante da applicare da parte dell'Unione. (Inserito dall'Emendamento Costituzionale n. 29 del 2000)

Inspiegabilmente la legge complementare della quale tratta il comma 3 dell'articolo 198 non è stata ancora redatta.

Forse prevedendo il ritardo, lo stesso emendamento costituzionale, il n. 29 del 2000, ha aggiunto all'Atto delle Disposizioni Costituzionali Transitorie (ADCT), l'articolo 77 che, nel suo comma 4, stabilisce: “§ 4 In assenza della legge complementare alla quale si riferisce l'articolo 198, § 3, a partire dall'esercizio finanziario 2005, si applicherà all'Unione, agli Stati, al Distretto Federale e ai Comuni quanto disposto da questo articolo.”

Così, le percentuali minime da applicare attualmente ad azioni e servizi pubblici sanitari sono:

---

volontà di dare a tutti opportunità uguali dinanzi all'istruzione riesce solo a trionfare sulle disuguaglianze se si arma di tutti i mezzi istituzionali ed economici”. (BOURDIEU, Pierre. *Les héritiers: les étudiants et la culture*. Paris: Les éditions de minuit, 1985, *apud* Revista da Educação, n. 5, São Paulo, 2009, p. 16-17).

Art. 77. Fino all'esercizio finanziario 2004, le risorse minime applicate alle azioni e servizi pubblici sanitari saranno equivalenti: (Inserito nell'Emendamento Costituzionale n. 29 del 2000)

I – nel caso dell'Unione: (Inserito nell'Emendamento Costituzionale n. 29 del 2000)

a) nell'anno 2000, il montante destinato ad azioni e servizi pubblici sanitari nell'esercizio finanziario 1999 aumentato, come minimo, del cinque per cento; (Inserito nell'Emendamento Costituzionale n. 29 del 2000)

b) dall'anno 2001 al 2004, il valore appurato nell'anno precedente, adeguato secondo la variazione nominale del Prodotto Interno Lordo – PIL; (Inserito nell'Emendamento Costituzionale n. 29 del 2000)

II – nel caso degli Stati e del Distretto Federale, dodici per cento del prodotto delle imposte raccolte al quale si riferisce l'art. 155 e delle risorse trattate dagli articoli 157 e 159, I, lettera a, e II, dedotte le parti trasferite ai rispettivi Comuni; e (Inserito nell'Emendamento Costituzionale n. 29 del 2000)

III – nel caso dei Comuni e del Distretto Federale, quindici per cento del prodotto delle imposte raccolte al qual si riferisce l'articolo 156 e delle risorse trattate dagli articoli 158 e 159, I, lettera b, e § 3. (Inserito nell'Emendamento Costituzionale n. 29 del 2000)

§ 1 Gli Stati, il Distretto Federale e i Comuni che applichino percentuali inferiori a quelle stabilite dai commi II e III dovranno aumentarli gradualmente, entro l'esercizio 2004, riducendo la differenza in ragione di, perlomeno, un quinto all'anno, considerando che, a partire dal 2000, l'applicazione sarà di perlomeno il sette per cento. (Inserito nell'Emendamento Costituzionale n. 29 del 2000)

§ 2 Delle risorse dell'Unione appurate secondo questo articolo, quindici per cento, come minimo, saranno applicate nei Comuni, secondo il criterio demografico, in azioni e servizi sanitari fondamentali, secondo la legge. (Inserito nell'Emendamento Costituzionale n. 29 del 2000)

§ 3 Le risorse degli Stati, del Distretto Federale e dei Comuni, destinate alle azioni e servizi pubblici sanitari, e quelle trasferite da parte dell'Unione per lo stesso scopo, saranno applicate per mezzo del Fondo alla Sanità, che sarà seguito e controllato dal Consiglio della Sanità, senza danneggiare quanto disposto dall'articolo 74 della Costituzione Federale. (Inserito nell'Emendamento Costituzionale n. 29 del 2000)

Nell'articolo 212 della Costituzione, si legge a proposito dell'istruzione:

Art. 212. L'unione applicherà, annualmente, non meno del diciotto per cento, e gli Stati, il Distretto Federale e i Comuni venticinque per cento, come minimo, delle entrate risultanti dalle imposte, compresa quella proveniente da trasferimenti, nella manutenzione e sviluppo dell'istruzione.

§ 1 – La parte delle imposte raccolte trasferita dall'Unione agli Stati, al Distretto Federale e ai Comuni, o da parte degli Stati ai rispettivi Comuni, non è considerata, agli effetti di calcolo previsto in quest'articolo, come entrata del governo che la trasferisce.

§ 2 – Per effetto dell'applicazione di quanto disposto al "caput" di questo articolo, saranno considerati i sistemi di istruzione federale, statale e comunale e le risorse applicate secondo l'articolo 213.

§ 3 – La distribuzione delle risorse pubbliche assicurerà priorità all'assistenza delle necessità della scuola dell'obbligo, per quanto riguarda l'universalizzazione, garanzia di un livello di qualità ed equità, secondo i termini del piano nazionale per l'istruzione. (Testo risultante dall'Emendamento Costituzionale n. 59 del 2009)

§ 4 – I programmi supplementari di alimentazione e assistenza alla sanità previsti nell'articolo 208, VII, saranno finanziati con risorse provenienti da contributi sociali e altre risorse di bilancio.

§ 5 – L'istruzione pubblica fondamentale avrà come fonte aggiuntiva di finanziamento il contributo sociale dello "stipendio-istruzione", raccolto dalle

aziende, secondo la legge. (Testo risultante dall'Emendamento Costituzionale n. 53 del 2006) (Vedere decreto n. 6.003 del 2006)

Come si è visto, trattandosi di istruzione la stessa Costituzione stabilisce, rispetto agli enti federativi – Unione, Stati Membri, Distretto Federale e Comuni – le percentuali minime di risorse da investire. Mentre i Comuni attueranno dando priorità all'istruzione di base e a quella infantile, gli Stati e il Distretto Federale si occuperanno della scuola elementare e media, invece l'Unione "organizzerà il sistema federale di istruzione", secondo quanto disposto dall'articolo 211, *caput* e commi 1, 2 e 3 della Costituzione Federale. Questo regime di collaborazione degli enti federativi nell'offerta educativa comporta un insieme di misure <sup>286</sup>, pagate per mezzo delle risorse che sono trattate dall'articolo 212 e, in particolare, dal Fondo per la Manutenzione e lo Sviluppo all'Istruzione di Base e alla Valorizzazione dei Professionisti dell'Istruzione (FUNDEB). <sup>287</sup>

In materia di sanità, la Costituzione rimanda alla legge di natura complementare la stipula delle percentuali minime da applicare annualmente in azioni e servizi pubblici. L'esigenza di regolamentazione normativa è stata inserita nella Costituzione federale in forza di un emendamento, il n. 29, promulgato il 13 settembre 2000. È trascorso un tempo molto superiore al ragionevole, senza che la

---

<sup>286</sup> L'offerta educativa comprende diverse misure, secondo Viviane Molaschi: "Sembra invece esservi generalmente accordo tra gli studiosi nell'ascrivere ai 'livelli essenziali delle prestazioni' tutte quelle misure che concorrono a dare effettività al diritto allo studio: si pensi a quelle atte a garantire l'accesso al sistema, agli interventi volti ad assicurare che i capaci ed i meritevoli raggiungano i 'gradi più alti degli studi' o alle azioni di sostegno per la piena integrazione nel sistema dei soggetti deboli, ivi compresi i disabili." (MOLASCHI, Viviana. *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*. Torino: Giappichelli, 2008, p. 237).

<sup>287</sup> Acerca do FUNDEB, valemo-nos da explicação de José Maurício Conti: "[...] fundo constitucional com destinação de recursos para o setor, de natureza contábil, criado no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, conforme prevê o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (com redação dada pela Emenda Constitucional 53, de 2006). São compostos por parcela da arrecadação dos impostos de competência estadual (ITCMD, ICMS e IPVA), parte das transferências cabentes aos Municípios dos impostos sobre a propriedade territorial rural (ITR), do IPVA e do ICMS e parte das transferências do FPE e do FPM. A distribuição dos recursos é basicamente vinculada ao número de alunos matriculados [...]. (CONTI, José Maurício. Considerações sobre o federalismo fiscal brasileiro em uma perspectiva comparada. In: CARETTI, Paolo. *Osservatorio sulle fonti 2008. La legge parlamentare oggi*. Torino: Giappichelli, 2010, p. 283).

Per quanto riguarda il FUNDEB, ci siamo avvalsi della spiegazione di José Maurício Conti: "[...] fondo costituzionale con destinazione di risorse per il settore, di natura contabile, creato nell'ambito di ciascun Stato e del Distretto Federale, come prevede l'art. 60 dell'Atto delle Disposizioni Costituzionali Transitorie (inserito dall'Emendamento Costituzionale 53, del 2006). Sono composti da parti di esazione di imposte di competenza statale (ITCMD, ICMS e IPVA), parte dei trasferimenti spettanti ai Comuni delle imposte sulle proprietà territoriali rurali (ITR), dell'IPVA e dell'ICMS e di parte dei trasferimenti del FPE e del FPM. La distribuzione delle risorse è fondamentalmente vincolata al numero di allievi iscritti [...]. (CONTI, José Maurício. Considerações sobre o federalismo fiscal brasileiro em uma perspectiva comparada. In: CARETTI, Paolo. *Osservatorio sulle fonti 2008. La legge parlamentare oggi*. Torino: Giappichelli, 2010, p. 283).

determinazione sia stata adottata. La lacuna non può essere colmata da un altro meccanismo integrativo. Si configura, quindi, un'omissione legislativa incostituzionale, rivestita di particolare gravità, trattandosi di sanità. I diritti fondamentali esprimono, come già evidenziato, un postulato di protezione (*Schutzgebote*), dal quale deriva, nell'espressione di Claus-Wilhelm Canaris, una proibizione di omissione (*Untermassverbot*).<sup>288</sup>

### 4.3 Misure giudiziali di effettuazione delle norme costituzionali relative a diritti fondamentali

La Costituzione federale ha stabilito diverse situazioni giuridiche soggettive, che sarebbero di infimo valore se non ci fossero mezzi adeguati a garantire la concretizzazione della loro efficacia.<sup>289</sup> Per questo si dice che il garantismo è l'altra faccia del costituzionalismo.<sup>290</sup>

Il Diritto conta con tre ordini di garanzia: sociali, politiche e giuridiche. Le garanzie giuridiche corrispondono, sotto la prospettiva soggettiva, ai mezzi processuali di protezione dei diritti, vale a dire, alle azioni e ai procedimenti che possono essere presentati dinanzi ai giudici.<sup>291</sup>

Come gli altri poteri dello Stato, i giudici sono vincolati all'osservanza dei diritti e delle garanzie fondamentali. Questo vincolo si percepisce nei seguenti aspetti:

<sup>288</sup> L'autore è citato da Gilmar Ferreira Mendes (MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Brasileira de Direito Público* n. 1, anno 1, aprile giugno 2003, Belo Horizonte Fórum, p. 102).

<sup>289</sup> A proposito delle Costituzioni analitiche, così denominate in virtù dell'esteso catalogo di diritti e regole che contengono, André Ramos Tavares avvisa: "Così, al processo (storico) di allargamento dei testi costituzionali, per l'inclusione di norme che riconoscano i diritti e per il sovradimensionamento delle regole che formalmente hanno natura costituzionale, si può affermare che continua un processo di indebolimento dei testi che, a loro volta, richiede un ampliamento delle formule di garanzia dell'integrità costituzionale. È questo il contesto nel quale si inserisce il cosiddetto processo costituzionale." (TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 265).

<sup>290</sup> La frase è del professor Luigi Ferrajoli ed è stata detta in una delle sue lezioni sull'opera *Principia Juris*.

<sup>291</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 121. Luigi Ferrajoli classifica come garanzie secondarie o giurisdizionali gli "obblighi imposti agli organi giudiziari per applicare sanzioni o dichiarare l'annullamento dove siano identificati, nel primo caso, atti illeciti, e, nel secondo, atti non validi che violino i diritti soggettivi e, in questo modo, le correlative garanzie primarie". (FERRAJOLI, Luigi. *Garantias*. Traduzione di Eduardo Maia Costa. Lisboa, 2001, p. 10-11).

i giudici devono conferire la massima efficacia possibile alle libertà pubbliche;  
 i giudici non sono obbligati ad applicare leggi incostituzionali, che pregiudichino le libertà pubbliche;  
 i giudici possono applicare dei diritti fondamentali anche contro le leggi, a condizione che queste non siano conformi al significato costituzionale dei medesimi;  
 i giudici, nell'esame dei trattati internazionali che diffondono diritti fondamentali, devono proteggere le prerogative violate o minacciate da violenza (CF, art. 5<sup>o</sup>, XXXV).<sup>292</sup>

In uno Stato di Diritto, i giudici sono i maggiori interpreti delle norme giuridiche, anche se, per molto tempo, il loro ruolo fu svolto con una certa timidezza, "più per una tradizione che ha radici nel passato lusitano e nell'influenza francese, che propriamente per limiti del diritto oggettivo, costituzionale od ordinario".<sup>293</sup>

Negli ultimi anni, però, si osservano modifiche importanti e si può persino parlare di una "giustizializzazione della politica". L'attribuzione ai giudici di compiti prima legati agli organi elettivi è sempre più frequente.

L'attivismo giudiziale nella garanzia dei diritti collettivi e diffusi, come anche l'ampliamento delle possibilità del controllo giudiziale della costituzionalità delle leggi e degli atti del potere pubblico, tra altri fattori, "fanno in modo che i giudici brasiliani non possano più essere caratterizzati come un ramo dello Stato in cui predomina la passività di fronte alle richieste provenienti dalla società brasiliana".<sup>294</sup>

È bene che sia così, poiché la democrazia è una costruzione, soprattutto di istituzioni di garanzia. Solo se i diritti sociali vengono soddisfatti gli stessi diritti individuali sono di fatto garantiti.<sup>295</sup> Tali affermazioni ratificano il carattere di principio dei diritti fondamentali, come *mandati di ottimizzazione*.

La Costituzione brasiliana contiene una regola, già citata, determinando che le norme costituzionali hanno applicazione immediata.<sup>296</sup> Malgrado suoni poco logico, la sua inclusione si giustifica dinanzi una pratica che, reiteratamente, nega tale evidenza. Anche la Germania e il Portogallo contemplan, nel loro testo

<sup>292</sup> BULLOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 440.

<sup>293</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 123.

<sup>294</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 123.

<sup>295</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. V. 2. Bari: Laterza, 2007, p. 397.

<sup>296</sup> Secondo l'articolo 5, "Tutti sono uguali dinanzi alla legge, senza distinzione di qualsiasi natura, garantendo ai brasiliani e agli stranieri residenti nel Paese l'inviolabilità del diritto alla vita, alla libertà, all'uguaglianza, alla sicurezza e alla proprietà, secondo il testo a seguire: § 1 – Le norme che definiscono i diritti e le garanzie fondamentali hanno applicazione immediata."

costituzionale, una norma simile.<sup>297</sup> In caso di mancato rispetto, la competenza per la loro applicazione spetta ai giudici.<sup>298</sup>

Vediamo ciò che avviene con il diritto all'istruzione. Nella Costituzione Brasiliana, esso è previsto nelle seguenti norme:

Art. 205. L'istruzione, diritto di tutti e dovere dello Stato e della famiglia, sarà diffusa e incentivata con la collaborazione della società, mirando alla piena formazione della persona, alla sua preparazione all'esercizio della cittadinanza e alla sua qualifica al lavoro.

Art. 208. Il dovere dello Stato verso l'istruzione sarà effettuato mediante la garanzia di:

I – l'istruzione fondamentale obbligatoria e gratuita dai 4 (quattro) ai 17 (diciassette) anni d'età, assicurata anche la sua offerta gratuita a tutti coloro che a essa non hanno avuto accesso nell'età dovuta. (Testo dato dall'Emendamento Costituzionale n. 59 del 2009)

Lo stesso articolo 208 contiene, inoltre, due regole importanti: quella del comma 1, nel senso che l'accesso all'istruzione obbligatoria e gratuita è diritto pubblico soggettivo, e quella del comma 2, secondo la quale la mancata offerta d'istruzione obbligatoria da parte del Potere Pubblico, o la sua offerta irregolare, importa responsabilità dell'autorità competente, sanzione questa di natura politica.

Anche così, il diritto all'istruzione non ha avuto, in Brasile, piena concretizzazione. Sono all'incirca 680 mila i bambini brasiliani ancora al di fuori della scuola.<sup>299</sup>

<sup>297</sup> L'articolo 1, comma 3, della Legge Fondamentale della Germania stabilisce che: "I diritti fondamentali qui enunciati costituiscono precetti giuridici direttamente applicabili, che vincolano i Poteri Legislativo, Esecutivo e Giudiziale." L'articolo 18, comma 1, della Costituzione portoghese stabilisce che "I precetti costituzionali relativi ai diritti, libertà e garanzie sono direttamente applicabili e vincolano gli enti pubblici e privati."

<sup>298</sup> Secondo José Felipe Ledur, "prende corpo nella questione di bilancio il problema della sua mancata esecuzione da parte dell'Esecutivo, causando la riduzione quantitativa e qualitativa delle prestazioni sociali, il che, certamente, esige l'azione decisa del Pubblico Ministero, secondo imposizione della Legge n. 7.347/85. Di conseguenza, in questo caso i giudici non violeranno la loro competenza (aumento di spese non previste), ma eserciteranno un dovere costituzionale che li obbliga a imporre l'osservanza della legge (il bilancio è legge e, inoltre, quando considerata autorizzativa, lo sarà appena in parte) anche e soprattutto per i poteri della Repubblica." (LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais. Efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 99-100).

<sup>299</sup> Un rapporto divulgato nel mese di giugno del 2009 dal Fondo delle Nazioni Unite per l'Infanzia (Unicef) rivela che il Brasile registrò progressi importanti nell'istruzione negli ultimi quindici anni. Circa 27 milioni di studenti frequentano la scuola, il che corrisponde al 97,6% dei giovani tra i 7 e i 14 anni. Tuttavia, l'Unicef avvisa che la parte ancora al di fuori della scuola rappresenta 680 mila brasiliani in questa fascia d'età o il 2,4%. Secondo il documento, "le disuguaglianze presenti nella società hanno, inoltre, un importante effetto sulla scuola brasiliana". Il rapporto avverte che sono i gruppi più vulnerabili della popolazione, come negri, poveri, indigeni e portatori di handicap, che affrontano le maggiori difficoltà per avere accesso all'istruzione e completare gli studi, soprattutto nelle regioni Nord e Nord-Est del paese. Lo studio evidenzia, inoltre, la riduzione dell'analfabetismo, specialmente tra i gruppi più giovani. Non bastasse la difficoltà d'accesso, si verifica un alto indice di riprovazioni e di abbandono scolastico. Con l'accesso quasi universalizzato alla scuola, la sfida per il paese, secondo il



Se gli articoli menzionati assicurano il diritto, impongono il dovere e, inoltre, specificano l'obbligo e la gratuità dell'istruzione fondamentale, "solo per mancanza di serietà nei confronti della Costituzione si potrebbe dare a tali precetti l'interpretazione secondo la quale essi non attribuiscono all'individuo la possibilità di esigere una condotta da parte dello Stato".<sup>300</sup>

Si impone l'azione decisa del Pubblico Ministero, istituzione che ha ricevuto dal legislatore costituente del 1988 rilevanti funzioni, non solo di accusa, ma anche di garanzia.<sup>301</sup>

Al contrario di quanto pensano molti, non esiste nessun ostacolo alla presentazione di un'azione contro lo Stato che abbia come oggetto un obbligo di fare – per esempio: costruire e mantenere una scuola -, anche con la commina di pena pecuniaria nel caso di mancato rispetto della sentenza. Eventuali difficoltà pratiche di condanna dell'ente pubblico potrebbero essere sanate con un provvedimento alternativo: la sua condanna al pagamento degli studi del minore presso una scuola privata esistente nelle vicinanze. Rimarrebbe la possibilità, considerata come insoddisfacente, di ottenere un risarcimento per omissione illecita, solo se tutte le alternative per il rispetto dell'obbligo statale risultassero impraticabili.<sup>302</sup>

Certamente è anche possibile

---

Fondo, è di garantire l'istruzione di qualità e, principalmente, ridurre le disparità. Disponibile su: <http://noticias.terra.com.br/educacao/intern>. Visitato il: 31 maggio 2010. In Italia, invece, la Costituzione, nei suoi articoli 33 e 34, stabilisce: "[...] La Repubblica detta le norme generali sull'istruzione ed istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi"; "34. La scuola è aperta a tutti. L'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita. I capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi. La Repubblica rende effettivo questo diritto con borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze, che devono essere attribuite per concorso." Quanto a questi dispositivi, si deve chiarire che, per quanto la Costituzione prescriva solo otto anni di istruzione obbligatoria, la legislazione ordinaria, il decreto legge 15 aprile 2005, n. 76, prevede che la Repubblica assicura a tutti il diritto all'istruzione e alla formazione per almeno dodici anni o, comunque, sino al conseguimento di una qualifica di durata almeno triennale entro il diciottesimo anno di età. (**Leggere la Costituzione Repubblicana. Breve commento articolo per articolo**. IV ed. Napoli: Simone, 2007, p. 41).

<sup>300</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 143-144.

<sup>301</sup> Nell'articolo 129, III, della Costituzione federale si legge: "Art. 129. Sono funzioni istituzionali del Pubblico Ministero: III – promuovere l'indagine civile e l'azione civile pubblica, per la protezione del patrimonio pubblico e sociale, dell'ambiente e di altri interessi diffusi e collettivi."

<sup>302</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 144. Jörg Neuner condivide questa interpretazione: "Anche nel caso dei diritti a prestazioni richiesti allo Stato, che in qualsiasi modo non comprende desideri non realistici, come la pretesa individuale al lavoro, è possibile una sentenza di condanna, tanto più che la differenza tra diritti di prestazioni e diritti di difesa si raffigura ultimamente appena relativa." (NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 154).

pensare sulla responsabilità personale dell'amministratore per il mancato rispetto dei parametri sopraccitati (perlomeno per malversazione, col rischio di ulteriori sanzioni).

Esistono altre richieste possibili, come, *e.g.*, che si determini l'investimento obbligatorio delle risorse inizialmente destinate ad altre voci a politiche vincolate ai diritti fondamentali, se questo è ancora possibile dal punto di vista della fase di esecuzione del bilancio.

Sarebbe inoltre plausibile la richiesta di inserimento, nel bilancio dell'anno successivo, della differenza di risorse che avrebbe dovuto essere utilizzata nei diritti fondamentali e non lo è stata.<sup>303</sup>

Si ritiene che

Chi difende l'idea secondo la quale non spetta ai giudici interferire nella questione che, per le sue caratteristiche, è essenzialmente politica ed economica, deve difendere, di conseguenza, la soppressione del dispositivo o la sua trasformazione in regola programmatica. Quello che sfida la serietà con cui deve essere trattata la Costituzione è il raziocinio secondo cui *non vale ciò che è scritto*.<sup>304</sup>

Inoltre, la funzione giurisdizionale non può essere appena restauratrice, ma di formulazione e di attuazione pratica delle norme concrete che devono disciplinare una determinata situazione.<sup>305</sup>

Fatte queste osservazioni, si dà inizio allo studio dei mezzi processuali di protezione dei diritti.

#### 4.3.1 L'intervento

L'intervento ebbe origine con l'approvazione della Legge Hamilton, del 1791, da parte del Congresso degli Stati Uniti, che autorizzò il presidente, appoggiato dal governo centrale, a convocare milizie per intervenire negli Stati e, con ciò, debellare il caos instauratosi dopo la creazione dell'imposta sul *whisky*, la principale fonte di reddito di alcuni enti federati.<sup>306</sup>

<sup>303</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.), *Direitos fundamentais e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 132-133.

<sup>304</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 150.

<sup>305</sup> Secondo José Carlos Barbosa Moreira, *O novo processo civil brasileiro*, 1980, p. 11, *apud* BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 121.

<sup>306</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 849.

Costituisce una misura eccezionale per allontanare, anche se temporaneamente, l'autonomia inerente agli enti federativi.<sup>307</sup>

La regola è il non intervento, che si deduce dal testo del *caput* dell'articolo 34 della Costituzione: "L'Unione non interverrà negli Stati, né nel Distretto Federale, eccetto per [...]"

Per questa ragione, può avvenire solamente nei casi e nei limiti stabiliti tassativamente dalla Costituzione Federale, che sono i seguenti:

Art. 34 L'Unione non interverrà negli Stati, né nel Distretto Federale, eccetto per:

- I – mantenere l'integrità nazionale;
- II – respingere l'invasione straniera o di un'unità della Federazione in un'altra;
- III – mettere fine a un grave pericolo dell'ordine pubblico;
- IV - garantire il libero esercizio dei Poteri nelle unità della Federazione;
- V - riorganizzare le finanze dell'unità della Federazione che:
  - a) sospenda il pagamento del debito pubblico per più di due anni consecutivi, salvo per motivo di forza maggiore;
  - b) non metta a disposizione dei Comuni entrate tributarie fissate da questa Costituzione, entro i periodi stabiliti per legge;
- VI – disporre l'esecuzione di legge federale, ordine o decisione giudiziale;
- VII – assicurare l'osservanza dei seguenti principi costituzionali:
  - a) forma repubblicana, sistema rappresentativo e regime democratico;
  - b) diritti della persona umana;
  - c) autonomia comunale;
  - d) rendiconto dell'amministrazione pubblica, diretta e indiretta.
  - e) applicazione del minimo richiesto risultante dall'entrata di imposte statali, compresa quella proveniente da trasferimenti, nella manutenzione e sviluppo dell'istruzione e nelle azioni e servizi pubblici sanitari. (Testo risultante dall'Emendamento Costituzionale n. 29 del 2000)

Art. 35. Lo Stato non interverrà nei suoi Comuni, né l'Unione nei Comuni localizzati in Territorio Federale, eccetto quando:

- I – non sia pagato il debito pubblico, per due anni consecutivi, senza motivo di forza maggiore ;
- II – non venga presentato il rendiconto dovuto, a norma di legge;
- III – non venga applicato il minimo richiesto dell'entrata comunale nella manutenzione e sviluppo dell'istruzione e nelle azioni e servizi pubblici sanitari; (Testo risultante dall'Emendamento Costituzionale n. 29 del 2000)
- IV – Il Tribunale di Giustizia emetta una sentenza al fine di assicurare l'osservanza dei principi indicati nella Costituzione Statale o per disporre l'esecuzione di legge, di ordine o di decisione giudiziale

Come si può vedere, l'intervento può essere federale o statale.

I principi elencati nel comma VII dell'articolo 34 vengono definiti "principi costituzionali sensibili"; se violati, il Procuratore Generale della Repubblica entra con un'azione diretta di incostituzionalità di intervento presso il Supremo Tribunale

---

<sup>307</sup> L'articolo 18 della Costituzione federale proclama che "L'organizzazione politico-amministrativa della Repubblica Federativa del Brasile comprende l'Unione, gli Stati, il Distretto Federale e i Comuni, tutti autonomi, secondo i termini di questa Costituzione."

Federale, al fine di assicurare la sua superiorità. Si tratta di intervento provocato vincolato.<sup>308</sup>

Se il Supremo considera l'azione fondata, la materia viene inviata al presidente della repubblica, che elabora il rispettivo decreto. In questo caso non è necessario che il Congresso Nazionale effettui il controllo politico della misura, come previsto dall'articolo 49, IV, della Costituzione federale.<sup>309</sup>

La maggior parte delle richieste di intervento federale che vengono presentate presso il Supremo Tribunale Federale si riferiscono al mancato pagamento di titoli del debito pubblico (*precatórios*).<sup>310</sup> Siccome in questi casi non è comune un'azione dolosa e deliberata dell'ente pubblico responsabile per il mancato pagamento, è frequente che la Suprema Corte non accolga le richieste.

---

<sup>308</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 309.

<sup>309</sup> Secondo questa norma, è di competenza esclusiva del Parlamento approvare lo Stato di difesa e l'intervento federale, autorizzare lo Stato di assedio o sospendere tutte queste misure.

<sup>310</sup> Da *precatórios*, è impiegato per indicare la richiesta presentata dal giudice dell'esecuzione della sentenza, in cui il Fisco è stato condannato a un determinato pagamento, al presidente del Tribunale competente perché, con la sua mediazione, si emettano gli ordini necessari ai rispettivi uffici pagatori. (SILVA, de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. V. III. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 1196). Il regolamento costituzionale di un debito pubblico (*precatórios*) è stato sostanzialmente alterato dall'Emendamento Costituzionale n. 62 del 09 dicembre 2009, inserito nell'articolo 100 e nei suoi sedici commi e nell'articolo 97, dall'Atto delle Disposizioni Costituzionali Transitorie (ADCT) e nei suoi diciotto commi: Art. 100. I pagamenti dovuti dalle Finanze Federali, Statali, del Distretto e Comunali, in virtù di sentenza giudiziaria, saranno effettuati esclusivamente in ordine cronologico di presentazione dei titoli di debito pubblico (*precatórios*) e dei rispettivi conti a credito, proibita la destinazione di situazioni o persone nelle voci di bilancio e nei crediti addizionali aperti a questo fine. (Testo risultante dall'Emendamento Costituzionale n.62 del 2009). § 1 – I debiti a titolo di manutenzione comprendono quelli decorrenti da salari, remunerazioni, proventi, pensioni e rispettivi complementi, benefici previdenziali e indennizzi per morte o per invalidità, basati sulla responsabilità civile, in virtù di sentenza giudiziale passata in giudicato, e saranno pagati con priorità nei confronti di tutti gli altri debiti, eccetto su quelli citati al § 2 di questo articolo. § 2 - I debiti a titolo di manutenzione i cui titolari abbiano 60 (sessanta) anni d'età o più, alla data dell'emissione del titolo di debito pubblico (*precatório*), o siano portatori di malattia grave, definiti a norma di legge, saranno pagati con priorità su tutti gli altri debiti, fino al valore equivalente al triplo fissato dalla legge ai fini di quanto disposto al § 3 di quest'articolo, ammettendo la rateazione a tale scopo, mentre il rimanente verrà pagato secondo l'ordine cronologico di presentazione del titolo di debito pubblico. [...] § 5 – È obbligatorio l'inserimento, nel bilancio degli enti di diritto pubblico, di un valore necessario al pagamento dei loro debiti, originari da sentenze passate in giudicato, derivanti da titoli di debito pubblico (*precatórios*) giudiziari presentati entro il 1° luglio, effettuando il pagamento entro la fine dell'esercizio seguente, quando i loro valori subiranno una rivalutazione monetaria. Art. 97. Fino alla creazione della legge complementare trattata dal § 15 dell'art. 100 della Costituzione Federale, gli Stati, il Distretto Federale e i Comuni che, alla data della pubblicazione di quest'Emendamento Costituzionale, siano in mora con il quietanzamento dei debiti pubblici esigibili, relativi alle loro amministrazioni diretta e indiretta, compresi quelli emessi durante il periodo vigente del regime speciale istituito da questo articolo, effettueranno tali pagamenti secondo le norme stabilite a seguire, non potendo applicarsi quanto disposto all'art. 100 di questa Costituzione Federale, eccetto ai §§ 2, 3, 9, 10, 11, 12, 13 e 14, e senza danneggiare gli accordi dei giudizi conciliatori già formalizzati nella data della promulgazione di questo Emendamento Costituzionale (Inserito nell'Emendamento Costituzionale n. 62 del 2009).

Recentemente, il Supremo Tribunale Federale ha respinto la richiesta di intervento federale n. 5.179, nei confronti dei Poteri Esecutivo e Legislativo del Distretto Federale. Sette degli otto Ministri che hanno partecipato al processo hanno concluso che le istituzioni locali, dopo le denunce che hanno portato all'arresto dell'ex governatore, presero i provvedimenti necessari per il ripristino della normalità, come la sostituzione dei segretari, il monitoraggio delle opere pubbliche e il controllo dei settori di governo. Dopo l'adozione di queste azioni, l'"estremo antidoto dell'intervento", nelle parole del relatore, il Ministro Cezar Peluso, sarebbe sproporzionato. L'unico a votare a favore dell'intervento è stato il Ministro Carlos Ayres Britto.

#### 4.3.2 L'azione diretta di incostituzionalità per omissione

La Costituzione federale è passibile di mancato rispetto sia per azione, sia per omissione.

Quando l'incostituzionalità si manifesta attraverso un *non facere*, la situazione è più problematica, poiché l'ordine giuridico non è ancora attrezzato per sanare l'inerzia degli organi statali. Tuttavia, la dottrina sta cercando soluzioni che, malgrado timide, stanno entrando a far parte del diritto positivo e della pratica giurisprudenziale.<sup>311</sup>

Sono diversi i casi di incostituzionalità per omissione che meritano di essere evidenziati: (a) l'omissione dell'organo legislativo nella creazione della legge integrativa di un comando costituzionale; (b) l'omissione dei poteri costituiti nella pratica di atti imposti dalla Costituzione; (c) l'omissione del Potere Esecutivo caratterizzata dalla non emanazione di regolamenti per l'applicazione delle leggi.<sup>312</sup>

La soluzione di questi casi rappresenta una grande sfida.

Per molto tempo prevalse l'interpretazione secondo cui non esiste una misura che sani l'inerzia incostituzionale del legislatore. In Brasile, negli anni 80, si pensava che

<sup>311</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 154.

<sup>312</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 89, 1986, p. 53-54, *apud* BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 154.

Se il comando impositivo non viene rispettato, l'omissione del legislatore potrà costituire un comportamento incostituzionale, ma questo è insindacabile e incontrollabile a livello giuridico e giurisdizionale; prima di tutto perché, come avverte Levi, nessuno è legittimato per l'esercizio di una pretesa giuridica, mirando all'adempimento di tale prestazione da parte degli organi legislativi, cioè, nessuno ha il diritto soggettivo all'approvazione di qualsiasi legge, anche se prevista dal testo della costituzione; secondo, e di conseguenza, perché l'omissione si rivela come una questione politica che sfugge alla valutazione giudiziale.<sup>313</sup>

In Italia, la Corte Costituzionale, pronunciandosi sui conflitti di attribuzione e avendo l'opportunità di sanare una lacuna legislativa, si limitò a proclamare, nella decisione n. 43 del 21 giugno 1960, che

Il solo risultato che si può avere di mira quando si solleva una questione di legittimità costituzionale di un atto normativo è quello di fare in modo che dall'ordinamento venga eliminata una norma incostituzionale.<sup>314</sup>

Anche in Germania, la Corte costituzionale ha escluso la possibilità di controllo di questo tipo su un "non fare del legislatore", nella decisione del 19 dicembre 1951.<sup>315</sup>

Tuttavia, fu in questo paese che ebbe inizio il ciclo evolutivo dell'*ingiunzione* dei giudici nei confronti del Legislativo, nei casi in cui l'inerzia di quest'ultimo non renda possibile l'esercizio dei diritti fondamentali assicurati costituzionalmente.

Trattandosi soprattutto di omissioni parziali, dove la legge esiste, ma è precaria, la Corte sviluppò una formula originale secondo la quale, senza annullare la norma esistente, raccomandava al legislatore che la perfezionasse, per dare supporto a situazioni in essa non contemplate o che fossero state discusse in modo

<sup>313</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 118.

<sup>314</sup> Per questi motivi, la Corte costituzionale, pronunciandosi "sui conflitti di attribuzione sollevati coi ricorsi n. 3 e 4 del 1960 indicati in epigrafe: 1) riunisce i due ricorsi; 2) dichiara la competenza dello Stato a nominare il Commissario straordinario per assicurare il funzionamento dell'Istituto delle case popolari della Provincia di Bolzano, fin quando non siano emanate in materia norme di attuazione dello Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige; 3) annulla, in conseguenza, la deliberazione 2 febbraio 1960, n. 193/3954, della Giunta provinciale di Bolzano e il decreto del Presidente della Giunta provinciale di Bolzano 4 febbraio 1960, n. 10. Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 21 giugno 1960."

<sup>315</sup> In questa decisione (BVerfGE 1, 97/100), il Tribunale negò l'ammissibilità del ricorso contro l'omissione del legislatore che, secondo quanto presentato, fissò la pensione previdenziale in un valore insufficiente a soddisfare le necessità fondamentali di una famiglia. Secondo l'interpretazione del Tribunale, i postulati contenuti nella Legge Fondamentale non assicuravano al cittadino, in principio, nessuna pretesa a una attività legislativa suscettibile di provvedimento, mediante ricorso costituzionale. (MENDES, Gilmar Ferreira. *A Evolução do Controle de Constitucionalidade na Constituição de 1988*. Disponibile su <http://www.livrariacultura.com.br/imagem/capitulo/2938641.pdf>. Visitato il 21 marzo 2010).

insufficiente. Si tratta dell'appello al legislatore - *Appellentscheidung* – della prassi della Corte Costituzionale tedesca.

È necessario avvisare che la possibilità di interferenza da parte del Tribunale tedesco nella sfera di competenza del Potere Legislativo è sempre stata ammessa in carattere di eccezione. Tant'è vero che la Corte respinse l'estensione degli effetti di una legge salariale a favore di una categoria di dipendenti non contemplata nel testo legale perché non spettava a essa, attraverso l'interpretazione estensiva, sostituirsi al legislatore, anche se per assicurare il principio dell'isonomia. La sua competenza si limita alla dichiarazione di esistenza di un'omissione incostituzionale, riguardando al Legislativo il potere di sanarla, secondo il *Bundesverfassungsgericht (BVerfg)* 8, I, p. 9 e successivi.

La Corte Costituzionale tedesca rifiutò, inoltre, la richiesta di un emofiliaco perché fosse determinata all'Amministrazione e al legislatore l'adozione di specifiche misure di prevenzione contro l'AIDS. Il Tribunale considerò che appena eventualmente e in assenza di qualsiasi provvedimento si sarebbe potuto pronunciare sull'adozione di procedimenti tendenti alla protezione della salute, poiché questo è un diritto costituzionale e per non detenere la competenza per discutere l'atto o l'efficacia delle cautele adottate dai pubblici poteri.<sup>316</sup>

È importante evidenziare che, al fine di caratterizzare un'omissione legislativa incostituzionale, non basta il semplice *non fare*, visto che il legislatore ha la facoltà di legiferare; è necessario che non sia rispettato un comandamento costituzionale, nel senso che attui positivamente, creando una norma legale.

Ciò avviene, per esempio, nel caso del comma XI dell'articolo 7 della Costituzione federale:

Sono diritti dei lavoratori urbani e rurali, oltre a quelli destinati al miglioramento della sua condizione sociale:  
 XI – la partecipazione agli utili o risultati, a prescindere dalla remunerazione, e, eccezionalmente, la partecipazione nella gestione dell'azienda, in conformità con quanto stabilito dalla legge.

In questo dispositivo, la Costituzione impone al legislatore un'azione, creando a favore dell'individuo un diritto soggettivo al suo ottenimento. Con effetto già nel 2000 fu promulgata la legge n. 10.101 per, secondo i termini del suo articolo

<sup>316</sup> *Bundesverfassungsgericht (BVerfg)*, decisione del 28 luglio 1987. La storia delle decisioni della Corte Costituzionale Tedesca è tracciata da Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 156-157).

1, regolare la “partecipazione dei lavoratori agli utili o risultati dell’azienda come strumento di integrazione tra il capitale e il lavoro e come incentivo alla produttività”.

La Costituzione del Portogallo, nella sua versione originale, attribuiva, nel suo articolo 279, al Consiglio della Rivoluzione la competenza per “raccomandare agli organi legislativi competenti” che emanassero le misure normative “in un tempo ragionevole”. Dopo la prima revisione, tale competenza fu trasferita al Tribunale Costituzionale che, verificando l’esistenza dell’incostituzionalità per omissione, “renderà noto all’organo legislativo competente”, negli espliciti termini dell’articolo 283.<sup>317</sup>

Le soluzioni menzionate dai diversi ordinamenti giuridici sono, evidentemente, insoddisfacenti.

L’azione diretta di incostituzionalità per omissione è prevista nell’articolo 103, comma 2, della Costituzione, con il seguente contenuto:

Dichiarata l’incostituzionalità per omissione di misure per rendere efficace la norma costituzionale, sarà informato il Potere competente per l’adozione dei provvedimenti necessari e, trattandosi di un organo amministrativo, per farlo in trenta giorni.

Essa ha come obiettivo rendere effettiva una norma costituzionale di efficacia limitata.

Si inserisce nel controllo di costituzionalità *in abstracto*, esercitato dal Supremo Tribunale Federale in modo concentrato. Il Supremo Tribunale Federale conosce la materia prima di qualsiasi altra istanza. Si tratta di un processo oggettivo, poiché l’azione diretta di incostituzionalità per omissione non è destinata alla protezione di situazioni individuali o di rapporti soggettivi, ma alla difesa dell’ordine giuridico.

La legittimità attiva non è esclusiva, estendendosi alle persone ed enti citati nell’articolo 103 della Costituzione.<sup>318</sup>

---

<sup>317</sup> Secondo l’articolo 283 della Repubblica Portoghese, comma 2, “Quando il Tribunale Costituzionale verifica l’esistenza di incostituzionalità per omissione, lo renderà noto all’organo legislativo competente.”

<sup>318</sup> Questo dispositivo stabilisce: “Art. 103. Possono proporre l’azione diretta di incostituzionalità e l’azione dichiarativa di costituzionalità (testo risultante dall’Emendamento Costituzionale n. 45 del 2004): I – Il Presidente della Repubblica; II – La Commissione (*Mesa*) del Senato Federale; III – La Commissione (*Mesa*) della Camera dei Deputati; IV – La Commissione (*Mesa*) dell’Assemblea Legislativa o della Camera Legislativa del Distretto Federale; V – il Governatore dello Stato o del Distretto Federale; VI – il Procuratore Generale della Repubblica; VII – Il Consiglio Federale dell’Ordine degli Avvocati del Brasile; VIII – un partito politico con rappresentazione presso il Parlamento; IX – una confederazione sindacale o ente di classe di ambito nazionale.”



La decisione emessa dal Supremo Tribunale Federale opera effetti diversi, a seconda che si tratti di un Potere di Stato o di un mero organo amministrativo. In quest'ultimo caso, la decisione avrà carattere di ordine, per il quale l'agente pubblico competente potrà essere considerato responsabile amministrativamente e criminalmente, se rimarrà inerte.

Per quanto concerne l'omissione del legislatore, si constata che il dispositivo ha dato alla materia lo stesso trattamento previsto dalla Costituzione del Portogallo, nel suo articolo 283, comma 2, cioè, non obbliga a legiferare, mostrandosi di ridotto valore giuridico.<sup>319</sup>

L'omissione in questione può essere totale o parziale: totale, quando realmente non si verifica il rispetto del dovere costituzionale di legiferare; parziale quando, malgrado esista una legge integrativa di natura infracostituzionale, essa si rivela insufficiente. Un esempio di quest'ultima ipotesi è l'articolo 7, IV, della Costituzione, relativo al diritto allo stipendio minimo. Esiste la legge che fissa il suo valore, oggi corrisponde a cinquecentodieci Reais (R\$ 510,00). Evidentemente questo *quantum* è molto inferiore a quello che sarebbe considerato ragionevole a soddisfare la garanzia imposta dalla citata norma.<sup>320</sup>

È importante risaltare che si può impugnare giudizialmente non solo l'inerzia nella creazione di atti normativi primari come quelli dell'articolo 59 della Costituzione<sup>321</sup>, ma anche i cosiddetti secondari, come i regolamenti, istruzioni o risoluzioni di competenza del Potere Esecutivo o degli stessi giudici.

---

<sup>319</sup> Secondo Barroso, ben prima del Brasile la figura dell'incostituzionalità per omissione fu sviluppata in Germania; in Italia, in sede dottrinale e giurisprudenziale, e in Portogallo. (BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 160).

Trattandosi di questa specie, regola generale è che l'invito all'attuazione legislativa (*Appellentscheidungen*) susciti seri problemi e difficoltà, il cui superamento "sarà ottenuto attraverso un prudente contenimento del Tribunale nell'esercizio della corrispondente competenza, cioè, nell'identificazione e determinazione delle situazioni di omissione". Il Tribunale Costituzionale portoghese ha osservato questo contenimento nei (pochi) casi che gli sono stati presentati. (COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A jurisdição constitucional em Portugal**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 97).

<sup>320</sup> Si legga: "Art. 7 Sono diritti dei lavoratori urbani e rurali, oltre ad altri che mirano alla migioria delle proprie condizioni sociali: IV – salario minimo, fissato per legge, nazionalmente unificato, capace di soddisfare alle proprie necessità vitali fondamentali e a quelle della sua famiglia con abitazione, alimentazione, istruzione, sanità, svago, abbigliamento, igiene, trasporti e previdenza sociale, con adeguamenti periodici che preservino il potere d'acquisto, con divieto del suo vincolo per qualsiasi fine".

<sup>321</sup> Secondo i termini dell'articolo 59, "Il processo legislativo comprende l'elaborazione di: I – emendamenti alla Costituzione; II – leggi complementari; III – leggi ordinarie; IV – leggi delega; V – decreti-legge; VI – decreti legislativi; VII – risoluzioni."

Succede così perché il menzionato articolo 103, nel suo comma 2, fa riferimento all'“omissione di misura”, espressione che conserva un carattere normativo, piuttosto che meramente legislativo.<sup>322</sup>

Nella azione diretta di incostituzionalità per omissione n. 3.682 dello Stato del Mato Grosso, giudicata il 09 maggio 2007, il Ministro Carlos Britto, complementando il suo voto, osservò, seguendo il relatore, che

diversamente dalla Costituzione Portoghese, la nostra non si limitò a prendersi cura della ADI per omissione di misura legislativa, ma fece di più. Quando la nostra Costituzione rese noto al potere competente, chiaro che a più di un potere, non solo al Potere Legislativo, essa diede appena ordine che, trattandosi di un organo amministrativo, questa scadenza fosse di trenta giorni, ma senza escludere la possibilità di fissare un'ulteriore scadenza, logicamente maggiore, per il Potere Legislativo.

Nel precedente citato, si discusse sull'inerzia del legislatore nell'emettere la legge complementare federale menzionata all'articolo 18, comma 4, della Costituzione, con il testo risultante dall'emendamento costituzionale n. 15/96. Questa omissione è evidente, dato il tempo trascorso.

Secondo il voto del Ministro Relatore, Gilmar Mendes,

malgrado esistano nel Parlamento diversi progetti di legge presentati con lo scopo di regolamentare l'articolo 18, § 4 della Costituzione, è possibile constatare l'omissione incostituzionale per quanto riguarda l'effettiva delibera e approvazione della citata legge complementare. Le peculiarità dell'attività parlamentare che intaccano, inesorabilmente, il processo legislativo, non giustificano una condotta chiaramente negligente o indolente delle Camere, condotta questa che può mettere a rischio lo stesso ordine costituzionale. La *inertia deliberandi* delle Camere può essere oggetto di azione diretta di incostituzionalità per omissione. L'omissione legislativa in relazione alla regolamentazione dell'articolo 18, § 4, della Costituzione, diede spazio alla conformazione e al consolidamento di stati di incostituzionalità che non possono essere ignorati dal legislatore nell'elaborazione della legge complementare federale.

L'azione alla fine fu accolta e fissò un parametro di tempo ragionevole – diciotto mesi – per l'adozione di tutti i provvedimenti legislativi necessari all'adempimento del dovere costituzionale imposto dall'articolo 18, comma 4, della Costituzione, contemplando le situazioni imperfette derivanti dallo stato di incostituzionalità generato dall'omissione.

Fu allora, attraverso la via dell'emendamento costituzionale, promulgato il 18 dicembre 2008, con n. 57, aggiungendo all'ADCT l'articolo 96, con il seguente testo:

<sup>322</sup> LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 307.

“Vengono convalidati gli atti di creazione, fusione, incorporazione e smembramento di Comuni, la cui legge sia stata pubblicata entro il 31 dicembre 2006, soddisfacendo i requisiti stabiliti nella legislazione del rispettivo stato all’epoca della sua creazione.”

Sia l’azione diretta di incostituzionalità per omissione, sia il mandato di ingiunzione, che sarà analizzato a seguire, hanno la caratteristica di “rimedio”, il cui obiettivo è quello di combattere la “sindrome di inefficacia delle norme costituzionali”. Tuttavia, nella prima abbiamo il controllo concentrato; nel mandato di ingiunzione, il controllo diffuso o in via di eccezione.<sup>323</sup>

#### 4.3.3 Il mandato di ingiunzione

Il mandato di ingiunzione fu creato dal costituente del 1988 per soddisfare le proteste generalizzate di una maggior efficacia delle norme costituzionali che, in tempi passati, soffrivano per l’inerzia del legislatore nel regolamentare i diritti da esse derivanti.

Con l’intuito di ridurre le situazioni di omissione del Potere Legislativo o, anche, dei Poteri Esecutivo e Giudiziario, la Costituzione inserì tra le garanzie fondamentali il mandato di ingiunzione, con il seguente testo:

Art. 5 – Tutti sono uguali dinanzi alla legge, senza distinzione di qualsiasi natura, garantendo ai brasiliani e agli stranieri residenti nel Paese l’invulnerabilità del diritto alla vita, alla libertà, all’uguaglianza, alla sicurezza e alla proprietà, secondo i seguenti termini:  
LXXI – si concederà mandato di ingiunzione ogni volta che l’assenza di norma regolatrice renda impraticabile l’esercizio dei diritti e libertà costituzionali e delle prerogative inerenti alla nazionalità, alla sovranità e alla cittadinanza.

Secondo alcuni autori l’origine di questo rimedio costituzionale sarebbe stata la *injunction* inglese e nordamericana.

Il mandato di ingiunzione ha come presupposti:

- a) l’esistenza di diritti e libertà espliciti nel testo costituzionale e, inoltre, di prerogative inerenti alla nazionalità, alla sovranità e alla cittadinanza;
- b) queste prerogative devono essere previste in norme costituzionali programmatiche;

<sup>323</sup> LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 306.

c) l'assenza di una norma regolatrice che abiliti all'esercizio dei diritti, libertà e prerogative sopraccitate.<sup>324</sup>

L'analisi del mandato di ingiunzione è fatta esclusivamente dai Tribunali.<sup>325</sup> La concentrazione di competenza vuole evitare la dispersione del potere di decisione e la conseguente esistenza di decisioni conflittuali o non isonomiche.

Siccome non è stata ancora creata una legislazione specifica che disciplini il mandato di ingiunzione stesso, esso segue, quando pertinente, il rito del mandato di sicurezza, previsto dalla Legge Federale n. 12.016 del 07 agosto 2009 e, anche, le disposizioni del Codice di Procedura Civile (Legge Federale n. 5.869 dell'11 gennaio 1973 e modifiche).

La legittimità attiva è attribuita a qualsiasi persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che si senta impossibilitata a esercitare un diritto a causa dell'assenza di una norma regolatrice. Il Supremo ha ammesso anche la presentazione del mandato di ingiunzione collettivo; in questo caso sono legittimati, per analogia, gli stessi enti del mandato di sicurezza collettivo. Il requisito è l'assenza di una norma regolatrice che renda impraticabili i diritti, le libertà o le prerogative dei membri o associati, indistintamente.

Rispetto alle persone giuridiche di diritto pubblico, la tendenza del Supremo Tribunale Federale sembra essere quella di riconoscere la sua legittimità attiva. Esse richiederebbero il mandato di ingiunzione in nome proprio.<sup>326</sup>

Malgrado il mandato di ingiunzione n. 725 di Rondonia non sia stato riconosciuto dal Supremo, proprio per l'assenza di legittimità attiva del Comune richiedente, il Ministro Gilmar Mendes registrò nel suo voto che "non si deve negare ai comuni, perentoriamente, la titolarità di diritti fondamentali e l'eventuale possibilità delle azioni costituzionali possibili per la loro protezione", perciò "che sembra abbastanza ragionevole l'ipotesi in cui il comune, di fronte all'omissione legislativa incostituzionale impeditiva dell'esercizio di tale diritto, si veda obbligato a richiedere mandato di ingiunzione".<sup>327</sup>

<sup>324</sup> MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 435-436.

<sup>325</sup> Le norme costituzionali relative al processo e decisione del mandato di ingiunzione sono: articolo 102, comma I, lettera 'q' e II, lettera 'a' (Supremo Tribunale Federale); articolo 105, comma I, lettera 'h' (Supremo Tribunale di Giustizia); articolo 121, comma 4, V (Tribunali Regionali Elettorali) e 125, § 1 (Tribunali di Giustizia degli Stati).

<sup>326</sup> LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 817.

<sup>327</sup> MI 725/RO, decisione: 10/05/2007, organo giudicante: Tribunale Pieno, RICHIEDENTE: COMUNE DI NOVA BRASILÂNDIA DO OESTE, AVV.: SALATIEL SOARES DE SOUZA, REO: PARLAMENTO.

Nel polo passivo, possono figurare persone, enti od organi che, per loro omissione, non permettono la fruizione di un diritto della sfera federale, statale o comunale e ciò funziona come criterio per fissare la competenza per l'analisi e il processo del mandato di ingiunzione. Il privato non sarà mai reo, per ovvie ragioni.

Il mandato di ingiunzione, nei primi anni della sua creazione, ebbe valore appena teorico, probabilmente per il timore del Supremo Tribunale Federale che, in nome della classica visione del principio della separazione dei Poteri, lo equiparò all'azione diretta di incostituzionalità per omissione. Il primo precedente, del 21 novembre 1990, fu il mandato di ingiunzione n. 107, del Distretto Federale, nel quale prese parte come relatore il Ministro Moreira Alves:

Mandato di ingiunzione. Stabilità di dipendente pubblico militare. Articolo 42, comma 9, della Costituzione Federale. Assenza di legittimità ad agire. Questa Corte, recentemente, nel giudicare il mandato di ingiunzione 188, decise all'unanimità che solo ha *legitimatío ad causam*, trattandosi di mandato di ingiunzione, chi appartenga alla categoria alla quale la Costituzione Federale abbia concesso astrattamente un diritto, il cui esercizio sia ostacolato per omissione con mora nella sua regolamentazione. Trattandosi, come di fatto si tratta, di dipendenti pubblici militari, la Costituzione Federale non gli ha concesso diritto alla stabilità, il cui esercizio dipenda da una regolamentazione di questo diritto, ma, al contrario, determinò che la legge disponga sulla stabilità dei dipendenti pubblici militari, stabilendo quali sono i requisiti che questi debbano avere perché possano acquisire tale diritto. Precedente del STF: MI 235. Mandato di ingiunzione non conosciuto.

La decisione fu presa a maggioranza, con voto contrario del ministro Marco Aurélio.

Col tempo il Supremo, forse sensibilizzato dalla critica dei colti e per l'insorgere dei Tribunali inferiori, iniziò ad alterare la sua originaria postura. Le sue decisioni avanzarono, anche se in modo non lineare, al fine di stabilire una scadenza e di comunicarla al Potere Legislativo omesso, perché procedesse all'elaborazione della norma. Trascorso *in albis* questo periodo, l'autore, e solo egli, poiché gli effetti sono *inter partes*, avrebbe acquisito il diritto richiesto. Questa visione innovativa fu abordata nel mandato di ingiunzione n. 283, del Distretto Federale, il cui relatore fu

---

“Mandato di ingiunzione. 2. Allegata omissione legislativa dell'elaborazione della legge complementare alla quale fa riferimento il § 4 dell'art. 18 della Costituzione Federale, nel testo risultante dall'Emendamento Costituzionale 15/1996. 3. Illegittimità attiva del Comune richiedente. Insussistenza di diritto o prerogativa costituzionale del Comune il cui esercizio è ostacolato dall'assenza della legge complementare federale richiesta dall'art. 18, § 4º, della Costituzione. 4. Mandato di ingiunzione non conosciuto. Decisione: Il Tribunale, a maggioranza, non ha riconosciuto il mandato di ingiunzione, secondo il voto del Relatore, con voto contrario del Signor Ministro Carlos Britto, sulla questione della conoscenza, per considerarlo non giustificato.”

il Ministro Sepulveda Pertence, dove la Suprema Corte decise, all'unanimità, il 20 marzo 1991, che, sussistendo l'antinomia, dopo la scadenza data per sanare la mora, il titolare del diritto può richiedere indennizzo per perdite e danni:

Mandato di ingiunzione: mora legislativa nella pubblicazione della legge necessaria al godimento del diritto all'indennizzo economico nei confronti dell'Unione, concesso dall'art. 8, comma 3, ADCT: accoglimento parziale, con la stipula della scadenza per sanare la mora e, nel caso in cui sussista la lacuna, consentendo al titolare del diritto ostacolato di ottenere, in via giudiziale, contro l'Unione, una sentenza con un valore netto di indennizzo per perdite e danni. 1. Il STF ammette – nonostante la natura ordinatoria del mandato di ingiunzione (MI 107 – QO) – che, nella richiesta costitutiva o di condanna, formulata dall'autore, ma di impossibile accoglimento, sia contenuta la richiesta, di accoglimento possibile, di dichiarazione di incostituzionalità dell'omissione normativa, con conoscenza all'organo competente perché la corregga (in conformità coi Mandati di Ingiunzione 168, 107 e 232). 2. La norma costituzionale richiesta (ADCT, art. 8, comma 3, - "Ai cittadini che sono stati impediti di esercitare, nella vita civile, un'attività professionale specifica, a causa delle Circolari Riservate del Ministero dell'Aeronautica n. S-50-GM5, del 19 giugno 1964, e n. S-285-GM5 sarà concesso indennizzo economico, nella forma disposta dalla legge di iniziativa del Parlamento e con l'entrata in vigore nel periodo di dodici mesi a partire dalla promulgazione della Costituzione" – scaduto il periodo in essa previsto, legittima l'indennizzo a favore del beneficiario, per presentare il mandato di ingiunzione, vista l'esistenza, nel caso, di un diritto soggettivo costituzionale, il cui esercizio è ostacolato dall'omissione legislativa denunciata. 3. Se il soggetto passivo del diritto costituzionale ostacolato è l'ente statale al quale, ugualmente, si debba imputare la mora legislativa che ne ostacola il suo esercizio, è consentito ai giudici, nell'accogliere l'ingiunzione, di sommare ai loro effetti ordinatori tipici, il provvedimento necessario a cautelare l'interessato nell'eventualità di mancata conclusione del processo legislativo, in un periodo ragionevole da fissare, in modo da permettergli, quando possibile, il provvisorio soddisfacimento del suo diritto. 4. Premesse dalle quali risultano, in particolare, la concessione del mandato di ingiunzione per: a) dichiarare in mora il legislatore rispetto all'ordine di legiferare, contenuto nell'art. 8, comma 3, ADCT, comunicandolo al Parlamento e alla Presidenza della Repubblica; b) stabilire la scadenza di 45 giorni, più altri 15 giorni per la sanzione presidenziale, al fine di ultimare il processo legislativo della legge mancante; c) se superata la scadenza sopraccitata, senza che sia promulgata la legge, riconoscere all'autore la facoltà di ottenere, nei confronti dell'Unione, per adeguata via processuale, una sentenza di condanna al dovuto indennizzo costituzionale con un valore netto, per perdite e danni che si arbitrino; d) dichiarare che, emessa la condanna, la sopravvenienza di una legge non pregiudicherà quanto giudicato che, tuttavia, non impedirà all'autore di ottenere i benefici della legge successiva, nei punti in cui è a lui più favorevole.

Nello stesso senso il mandato di ingiunzione n. 232 di Rio de Janeiro, presentato dal Ministro Moreira Alves e giudicato il 02 agosto 1991, come segue:

Mandato di ingiunzione. – Legittimità attiva del richiedente per conseguire mandato di ingiunzione per mancanza di regolamentazione del disposto nel comma 7 dell'articolo 195 della Costituzione Federale. – Occorrenza, visto quanto disposto nell'articolo 59 della ADCT, di mora, da parte del Parlamento, nella regolamentazione di quel precetto costituzionale. Mandato di ingiunzione conosciuto, in parte, e, in essa, concesso per dichiarare lo

stato di mora in cui si trova il Parlamento, affinché, nel periodo di sei mesi, adotti i provvedimenti legislativi che si impongono per il rispetto dell'obbligo di legiferare, derivante dall'articolo 195, comma 7, della Costituzione, pena, trascorso tale periodo senza che quest'obbligo sia compiuto, il godimento da parte del richiedente dell'immunità sollecitata.

Più avanti, il 22 novembre 1992, nel mandato di ingiunzione n. 284, del Distretto Federale, presentato dal Ministro Celso de Mello, il Supremo, visto il trascorrere della scadenza per l'adozione dei provvedimenti legislativi determinati nel mandato n. 283 sopraccitato, ha considerato inutile una nuova comunicazione al Parlamento e ha dato la facoltà agli autori di un'immediata presentazione in giudizio per ottenere la riparazione di natura economica istituita a proprio favore, secondo quanto segue:

MANDATO DI INGIUNZIONE – NATURA GIURIDICA – FUNZIONE PROCESSUALE – ADCT, ART. 8, COMMA 3. (CIRCOLARI RISERVATE DEL MINISTERO DELL'AERONAUTICA) – LA QUESTIONE DEL SIGILLO – MORA INCOSTITUZIONALE DEL POTERE LEGISLATIVO – ESCLUSIONE DELL'UNIONE FEDERALE DAL RAPPORTO PROCESSUALE – ILLEGITTIMITÀ PASSIVA “AD CAUSAM” – “WRIT” ACCOLTO. – Il carattere essenzialmente ordinatorio dell'azione di ingiunzione – secondo quanto proclamato dalla giurisprudenza del Supremo Tribunale Federale – impone che si definisca, come passivamente legittimato *ad causam*, nel rapporto processuale instaurato, l'organo pubblico inadempiente, in situazione di inerzia costituzionale, al quale è imputabile l'omissione causa dell'impossibilità dell'esercizio di diritto, libertà e prerogativa di indole costituzionale. Nel caso, *ex vi* del comma 3 dell'art. 8 dell'Atto delle Disposizioni Costituzionali Transitorie, l'inattività incostituzionale è solamente attribuibile al Parlamento, alla cui iniziativa venne riservato, con esclusività, il potere di instaurare il processo legislativo sollecitato dalla norma costituzionale transitoria. – Alcuni dei molti abusi commessi dal regime di eccezione istituito in Brasile nel 1964, si sono tradotti, tra i vari atti di puro arbitrio che lo hanno caratterizzato, nella concezione ed elaborazione teorica di un sistema chiaramente incompatibile con la pratica delle libertà pubbliche. Questo sistema, fortemente stimolato dal “pericoloso fascino dell'assoluto” (Pe. JOSEPH COMBLIN, “A Ideologia da Segurança Nacional - o Poder Militar da América Latina”, p. 225, 3. ed., 1980, trad. de A. Veiga Fialho, Civilização Brasileira), nel privilegiare e coltivare il sigillo, trasformandolo in *praxis* governativa istituzionalizzata, offese frontalmente il principio democratico, poiché, come avverte NORBERTO BOBBIO in una magistrale lezione sul tema (“O Futuro da Democracia”, 1986, Paz e Terra), non esiste nei modelli politici che consacrano la democrazia, spazio possibile riservato al mistero. Il nuovo statuto politico brasiliano – che rifiuta il potere che occulta e non tollera il potere che si occulta – consacrò la diffusione degli atti e delle attività statali come un valore costituzionalmente garantito, disciplinandolo con esplicita eccezione per le situazioni di interesse pubblico, tra i diritti e le garanzie fondamentali. La Carta Federale, nel proclamare i diritti e i doveri individuali e collettivi (art. 5), espone precetti fondamentali, la cui comprensione è essenziale alla definizione dell'ordine democratico come un regime del potere visibile o, nell'importante lezione di BOBBIO, come ‘un modello ideale del governo pubblico in publico’. - Il nuovo *writ* costituzionale, fissato dall'art. 5, LXXI, della Carta Federale, non è destinato a costituire un diritto nuovo, né a dare l'opportunità ai giudici di svolgere l'anomalo disimpegno delle funzioni normative che sono loro istituzionalmente estranee. Il mandato di

ingiunzione non è il succedaneo costituzionale delle funzioni politico-giuridiche attribuite agli organi statali inadempienti. L'eccezionalità stessa di questo nuovo strumento giuridico 'impone' ai giudici il dovere della stretta osservanza del principio costituzionale della divisione funzionale dei poteri. – Riconosciuto incostituzionale lo stato di mora del Parlamento - unico destinatario del comando per soddisfare, in questo caso, la prestazione legislativa richiesta - e considerando che, malgrado preventivamente comunicato col Mandato di Ingiunzione n. 283, relatore il Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, si è astenuto dall'adempire all'obbligo che gli è stato costituzionalmente imposto, diventa 'trascurabile una nuova comunicazione all'istituzione parlamentare, assicurando agli autori, 'sin d'ora', la possibilità di presentare in giudizio, 'immediatamente', nei termini del diritto comune od ordinario, l'azione di riparazione di natura economica istituita a loro favore dal precetto transitorio.

Nel mandato di ingiunzione n. 625 del Maranhão, nel quale è stato relatore il Ministro Sepúlveda Pertence, giudicato il 1º marzo 2007, il Supremo decise all'unanimità:

Mandato di ingiunzione: assenza di regolamentazione del diritto al preavviso proporzionale previsto dall'art. 7, XXI della Costituzione della repubblica. Mora legislativa: criterio oggettivo della sua verifica: accoglimento, per dichiarare la mora e comunicare la decisione al Parlamento perché la risolva.

Sulla pensione speciale per attività penose, insalubri o pericolose, il Supremo Tribunale Federale ha deciso, il 30 agosto 2007, per giudizio del mandato di ingiunzione n. 721 del Distretto Federale, presentato dal Ministro Marco Aurélio Mello, che:

MANDATO DI INGIUNZIONE – NATURA. Secondo quanto disposto dal comma LXXI dell'articolo 5 della Costituzione Federale, si concederà mandato di ingiunzione quando necessario all'esercizio dei diritti e libertà costituzionali, e delle prerogative inerenti la nazionalità, la sovranità e la cittadinanza. Esiste un'azione ordinatoria e non semplicemente dichiarativa di omissione. La dichiarazione non è l'oggetto principale della richiesta, ma premessa dell'ordine da formalizzare. MANDATO DI INGIUNZIONE – DECISIONE – PARAMETRI. Trattandosi di un processo soggettivo, la decisione possiede un'efficacia considerata al rapporto giuridico in esso rivelato. PENSIONE – LAVORO IN CONDIZIONI SPECIALI – PREGIUDIZIO ALLA SALUTE DEL DIPENDENTE - INSUSSISTENZA DELLA LEGGE COMPLEMENTARE - ARTICOLO 40, § 4, DELLA COSTITUZIONE FEDERALE. Se la disciplina specifica della pensione speciale del dipendente è assente, si impone l'adozione, attraverso decisione giudiziale, della stessa ai lavoratori in genere – articolo 57, § 1 della Legge n. 8.213/91.

Il Tribunale, all'unanimità e nei termini del voto del relatore, ha giudicato parzialmente accolto questo mandato di ingiunzione.

Infelicitemente, persiste la lacuna legislativa sulla disciplina della pensione speciale del dipendente pubblico richiesta dal comma 4 dell'articolo 40 della



Costituzione federale, come si verifica nella presente decisione, relativa al mandato di ingiunzione n. 788 del Distretto Federale, presentata dal Ministro Carlos Britto e giudicata il 15 aprile 2009:

DIRITTO COSTITUZIONALE E AMMINISTRATIVO. MANDATO DI INGIUNZIONE, DIPENDENTE PUBBLICO. ATTIVITÀ SVOLTE IN CONDIZIONI RISCHIOSE O MALSANE. PENSIONE SPECIALE. § 4 DELL'ART. 40 DELLA COSTITUZIONE FEDERALE. ASSENZA DELLA LEGGE COMPLEMENTARE. MORA LEGISLATIVA. REGIME GENERALE DELLA PREVIDENZA SOCIALE. 1. Vista la prolungata mora legislativa, relativa alla creazione della legge complementare richiesta nella parte finale dell'art. 40 della Carta Magna, si impone al caso l'applicazione delle norme correlate previste nell'art. 57 della Legge n. 8.213/91, in sede di processo amministrativo. 2. Precedente: MI 721, presentato dal Ministro Marco Aurélio. 3. Mandato di ingiunzione concesso in questi termini. Il Tribunale, all'unanimità, ha concesso l'ordine, secondo i termini del voto del Relatore.

Visti questi precedenti, si può affermare che la giurisprudenza del Supremo Tribunale Federale relativa ai casi di inerzia legislativa progredisce verso l'adozione della *teoria concretista generale*<sup>328</sup>, secondo la quale i giudici espongono il testo normativo mancante, allo scopo di rendere possibile l'esercizio di un diritto e questa decisione persisterà fino a quando il Potere Legislativo crei la norma integrativa.<sup>329</sup>

Tale interpretazione è consona con la natura della misura, poiché il mandato di ingiunzione ha come oggetto la tutela effettiva dei diritti costituzionali. La miglior lettura dell'articolo 5, LXXI, della Costituzione federale è quella che difende la creazione di una norma mancante da parte dei giudici, al fine di risolvere il caso concreto, con effetti limitati sulle parti del processo. Malgrado si sappia che i giudici non hanno la funzione di agire come legislatori positivi, si sostiene che, "in assenza di legge e con inerzia irragionevole, negligente e indolente, si ammette l' 'attivismo giudiziale', nei limiti delle tecniche di controllo delle omissioni, per la concretizzazione dei diritti fondamentali".<sup>330</sup> Conviene evidenziare che tale intervento è autorizzato solo in casi eccezionali, dove l'omissione del legislatore si estende per un periodo ben superiore al ragionevole.

<sup>328</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 179.

<sup>329</sup> Infine, mentre nell'azione diretta di incostituzionalità per omissione, come abbiamo visto al punto 4.3.2, la decisione emessa dal Supremo Tribunale Federale ha carattere meramente dichiarativo della mora, nel mandato di ingiunzione essa presenta, secondo la dottrina maggioritaria, carattere costitutivo. Tra gli altri autori che avallano questa interpretazione si menziona Leda Pereira Mota che, nell'opera da noi citata (*Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001), fa riferimento a Flávia Piovesan, nella sua Protezione giudiziale contro omissioni legislative, *Revista dos Tribunais*, 1995, p. 176.

<sup>330</sup> LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 821.

L'estratto che segue è abbastanza delucidante rispetto alla natura del mandato di ingiunzione, confrontata a quella dell'azione diretta di incostituzionalità per omissione:

Allo scopo di precisare le differenze tra il mandato di ingiunzione e l'azione diretta di incostituzionalità per omissione, si conclude che, malgrado ambedue gli strumenti costituiscano meccanismi di controllo dell'incostituzionalità per omissione, il mandato di ingiunzione è uno strumento di tutela del diritto soggettivo che non si confonde con l'azione diretta di incostituzionalità per omissione, che è uno strumento di tutela di diritto oggettivo. Il mandato di ingiunzione ha lo scopo di rendere possibile l'esercizio di un diritto; nell'azione diretta di incostituzionalità per omissione, si vuole rendere efficace una norma costituzionale. Quindi, gli effetti della decisione di una sentenza per mandato di ingiunzione sono *inter partes*, ristretti al caso concreto, mentre nell'azione diretta di incostituzionalità per omissione gli effetti sono *erga omnes*.<sup>331</sup>

Non è eccessivo evidenziare che

il mandato di ingiunzione è stato concepito come strumento di controllo concreto o incidentale di costituzionalità dell'omissione, diretto alla tutela di diritti soggettivi. Invece l'azione diretta di incostituzionalità per omissione è stata ideata come strumento di controllo astratto o principale di costituzionalità dell'omissione, impegnato nella difesa oggettiva della Costituzione. Ciò significa che il mandato di ingiunzione è un'azione costituzionale di garanzia individuale, mentre l'azione diretta di incostituzionalità per omissione è un'azione costituzionale di garanzia della Costituzione.<sup>332</sup>

Sia uno, sia l'altro istituto sono sorti per correggere la denominata "sindrome di inefficacia delle norme costituzionali".

Infine, è opportuno menzionare il movimento di alcuni autori che, in maniera equivocata, iniziarono a sostenere che la capacità del mandato di ingiunzione sarebbe ristretto ai diritti individuali, elencati nell'articolo 5, e ai diritti politici, esposti negli articoli da 12 a 16, della Costituzione, ma che non potrebbe essere applicato alla tutela dei diritti sociali. Tale interpretazione, con il dovuto rispetto, è più ideologica che scientifica e non corrisponde né alla storia, né alla teleologia di questo rimedio giuridico. Anzi, è proprio nel campo dei diritti sociali che si registrano i più aberranti casi di omissione legislativa.<sup>333</sup> La parte finale del comma LXXI dell'articolo 5

<sup>331</sup> PIOVESAN, Flávia. Proteção judicial contra omissões legislativas. Revista dos Tribunais, 1995, p. 178 *apud* MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 440.

<sup>332</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle das omissões do Poder Público em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 203, *apud* Pedro LENZA, **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 816-817.

<sup>333</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 245-246.

(“inerenti alla nazionalità, alla sovranità e alla cittadinanza”) non autorizza tale interpretazione, comprendendo tutti i diritti costituzionali: individuali, collettivi, diffusi, politici o sociali.

#### 4.4 Il controllo esterno realizzato dalle Corti dei Conti

La Corte dei conti trova le sue origini in diverse esperienze europee e fu disciplinata dopo l'unificazione italiana.<sup>334</sup>

La prima disciplina di tale organo risale alla Legge 14 agosto 1862.<sup>335</sup>

La Costituzione ne fa espressa menzione. L'art. 100 stabilisce che

100 [...]

La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, e anche quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato. Partecipa nei casi e nelle forme stabilite dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito. La legge assicura l'indipendenza dei due Istituti e dei loro componenti di fronte al Governo.

Come si vede, lo stesso articolo 100 impone alla legge di assicurare l'indipendenza della Corte di fronte al Governo.

La Corte dei conti è per tradizione considerata

la *longa manus* del Parlamento, lo strumento principale attraverso il quale le Camere esercitano il controllo politico sull'operato del Governo e della pubblica amministrazione. Può, quindi, affermarsi che la Corte è in un rapporto di ausiliarità e di sostegno sia col Governo che col Parlamento, senza che ciò escluda possibili contrapposizioni, tenuto conto che essa opera in veste neutrale ed obiettiva nell'interesse generale della comunità e a tutela della finanza pubblica.<sup>336</sup>

Diversamente da quello che succede in Brasile, la Corte dei Conti italiana, come il Consiglio di Stato, sono organi giurisdizionali, pur non appartenendo all'ordine della magistratura ordinaria. L'organizzazione interna adotta il modello della magistratura ordinaria, i consiglieri di entrambi gli organi sono magistrati, i loro procedimenti assumono tutti la forma di giudizi.

<sup>334</sup> VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto costituzionale*. 6. ed. Padova: CEDAM, 2008, p. 605.

<sup>335</sup> DELPINO, Luigi; DEL GIUDICE, Federico. *Diritto amministrativo*. XXV Edizione. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2007, p. 209.

<sup>336</sup> DELPINO, Luigi; DEL GIUDICE, Federico. *Diritto amministrativo*. XXV Edizione. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2007, p. 210.

Il personale è in parte proveniente da pubblici concorsi in parte di nomina governativa e gode di garanzia di inamovibilità.<sup>337</sup>

Il controllo della Corte dei Conti si divide in:

- a) controllo generale di legittimità e
- b) controllo finanziario di legittimità.

Nella prima ipotesi il controllo è destinato a verificare la conformità alle norme indipendentemente dagli aspetti finanziari, nella seconda mira a verificare se si sia o meno violata la normativa di bilancio e interessa i provvedimenti che abbiano contenuto o riflessi di carattere finanziario. Il controllo finanziario di legittimità si occupa di tutti gli atti del governo che hanno ripercussione sul bilancio statale, mirando a verificare che le spese non superino le somme stanziare.

Mentre il controllo finanziario può essere preventivo e successivo, il controllo generale di legittimità è di norma preventivo.

Il controllo finanziario successivo fa la revisione della gestione finanziaria dello Stato e delle aziende autonome, ha carattere contabile e consiste nella verifica dei rendiconti trasmessi periodicamente dalla Corte. Il controllo sul rendiconto generale dello stato porta a una dichiarazione di regolarità, definita parificazione.<sup>338</sup>

Secondo l'articolo 7, commi 7, 8 e 9 della Legge 131/ 2003 (cosiddetta "La Loggia") la Corte dei Conti verifica il rispetto degli equilibri di bilancio di comuni, province, città metropolitane, regioni, con riferimento al patto di stabilità interno ed ai vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea. Gli aspetti esaminati dalla Corte dei Conti sono i seguenti:

- il perseguimento degli obiettivi posti dalle leggi statali o regionali di principio e di programma secondo la rispettiva competenza;
- la sana gestione finanziaria degli enti locali ed il funzionamento dei controlli interni;
- riferiscono sugli esiti delle verifiche esclusivamente ai consigli degli enti controllati.<sup>339</sup>

Il controllo della Corte dei conti è stato potenziato dalla Legge 266/ 2005 (finanziaria 2006) ai commi 166-169.<sup>340</sup>

<sup>337</sup> VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto costituzionale*. 6. ed. Padova: CEDAM, 2008, p. 605.

<sup>338</sup> VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto costituzionale*. 6. ed. Padova: CEDAM, 2008, p. 605-607.

<sup>339</sup> DELPINO, Luigi; DEL GIUDICE, Federico. *Diritto amministrativo*. XXV Edizione. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2007, p. 213.

<sup>340</sup> Questi articoli dispongono: "166. Ai fini della tutela dell'unità economica della Repubblica e del coordinamento della finanza pubblica, gli organi degli enti locali di revisione economico-finanziaria trasmettono alle competenti sezioni regionali di controllo della Corte dei conti una relazione sul

Ai fini del coordinamento della finanza pubblica, gli organi degli enti locali di revisione economico-finanziaria devono trasmettere alle competenti sezioni regionali di controllo della Corte dei conti una relazione sul bilancio di previsione dell'esercizio di competenza e sul rendiconto dell'esercizio medesimo. Questa relazione deve dare conto del rispetto degli obiettivi annuali posti dal patto di stabilità interno, dell'osservanza del vincolo previsto in materia di indebitamento dall'articolo 119, ultimo comma, della Costituzione, e di ogni grave irregolarità contabile e finanziaria in ordine alle quali l'amministrazione non abbia adottato le misure correttive segnalate dall'organo di revisione.”<sup>341</sup>

Una volta esaminata, seppure in modo conciso, la struttura della Corte dei Conti in Italia, si passa all'esame dell'organo di controllo brasiliano.

Il Brasile Imperiale non conobbe le Corti dei Conti, che furono istituite solo su insistenza di Ruy Barbosa nel 1890, per mezzo del Decreto n. 966-A.<sup>342</sup> La prima Costituzione che fece menzione a esso, pertanto, fu quella del 1891, nel suo articolo 89 e tutte le altre che le succedettero e gli conferirono un'evidenza crescente.

La Costituzione in vigore trattò delle Corti dei Conti nel suo Titolo IV, “Dell'Organizzazione dei Poteri”, nel suo Capitolo I, intitolato “Del Potere Legislativo”, nella Sezione IX, denominata “Del Controllo Contabile, Finanziario e di Bilancio”.

Nell'articolo 71, *caput*, stabilisce che “Il controllo esterno, a carico del Parlamento, sarà esercitato con l'aiuto del Tribunale dei Conti dell'Unione, [...]”.

---

bilancio di previsione dell'esercizio di competenza e sul rendiconto dell'esercizio medesimo. 167. La Corte dei conti definisce unitariamente criteri e linee guida cui debbono attenersi gli organi degli enti locali di revisione economico-finanziaria nella predisposizione della relazione di cui al comma 166, che, in ogni caso, deve dare conto del rispetto degli obiettivi annuali posti dal patto di stabilità interno, dell'osservanza del vincolo previsto in materia di indebitamento dall'articolo 119, ultimo comma, della Costituzione, e di ogni grave irregolarità contabile e finanziaria in ordine alle quali l'amministrazione non abbia adottato le misure correttive segnalate dall'organo di revisione. 168. Le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, qualora accertino, anche sulla base delle relazioni di cui al comma 166, comportamenti difformi dalla sana gestione finanziaria o il mancato rispetto degli obiettivi posti con il patto, adottano specifica pronuncia e vigilano sull'adozione da parte dell'ente locale delle necessarie misure correttive e sul rispetto dei vincoli e limitazioni posti in caso di mancato rispetto delle regole del patto di stabilità interno. 169. Per l'esercizio dei compiti di cui ai commi 166, 167 e 168, la Corte dei conti può avvalersi della collaborazione di esperti anche estranei alla pubblica amministrazione, sino ad un massimo di dieci unità, particolarmente qualificati nelle materie economiche, finanziarie e statistiche, nonchè, per le esigenze delle sezioni regionali di controllo e sino al completamento delle procedure concorsuali di cui al comma 175, di personale degli enti locali, fino ad un massimo di cinquanta unità, in possesso di laurea in scienze economiche ovvero di diploma di ragioniere e perito commerciale, collocato in posizione di fuori ruolo o di comando.”

<sup>341</sup> DELPINO, Luigi; DEL GIUDICE, Federico. *Diritto amministrativo*. XXV Edizione. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2007, p. 213.

<sup>342</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1081.

Diversamente da quanto sembra indicare l'espressione "con l'aiuto", il Tribunale dei Conti è un'istituzione statale indipendente.<sup>343</sup>

In questo senso si espresse il Supremo Tribunale Federale, nell'analisi di azione diretta di incostituzionalità n. 1140-5, il cui relatore fu il Ministro Sydney Sanches:

Le Corti dei Conti, tuttavia, non sono organi subordinati o dipendenti del Potere Legislativo, visto che dispongono di autonomia amministrativa e finanziaria, secondo l'art. 73, *caput*, della Costituzione Federale, che gli conferisce le attribuzioni previste nel suo art. 96, relative ai giudici.<sup>344</sup>

Si può dire, quindi, che il vincolo tra i Tribunali dei Conti e il Potere Legislativo è di carattere meramente operativo, ossia, di sostegno al controllo politico.

Quest'organo di controllo ha ottenuto maggior importanza, come citato, con la Costituzione Federale del 1988 e successivamente alla creazione della Legge Complementare n. 101 del 5 maggio 2000, relativa alla Responsabilità nella Gestione Fiscale.

L'analisi da essi svolta non si restringe all'esame di legalità. Il controllo contabile, finanziario, di bilancio, operativo e patrimoniale trattato dall'articolo 70, *caput* e comma unico, della Costituzione valuta, inoltre, la legittimità e l'economia degli atti praticati da persone pubbliche o private che gestiscono beni o valori pubblici.

In caso di illegalità di spesa o di irregolarità nei conti, spetta al tribunale applicare ai responsabili le sanzioni previste dalla legge (articolo 71, comma VIII); fissare una scadenza perché l'organo o ente adotti i provvedimenti necessari all'esatta applicazione della legge (articolo 71, comma IX), oltre a interrompere, se non rispettata, l'esecuzione dell'atto impugnato, comunicandone la decisione alla Camera dei Deputati e al Senato Federale (articolo 71, comma X, della Costituzione federale).

---

<sup>343</sup> Secondo Odete Medauar, è impossibile considerare il Tribunale dei Conti subordinato al Potere Legislativo, poiché, "Se la sua funzione è quella di agire in aiuto del Legislativo, la sua natura, a causa delle stesse norme costituzionali, è quella di organo indipendente, svincolato dalla struttura di uno qualsiasi dei tre poteri." (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 458).

<sup>344</sup> *Apud* JAYME, Fernando G. Tribunal de Contas: jurisdição especial e a prova no procedimento de julgamento de contas. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 32, n.3, p.135-150, luglio/settembre 1999, p.136.

Alle decisioni delle Corti dei Conti dalle quali risulti l'imputazione di debiti o multa, fu attribuita l'efficacia di titolo esecutivo, negli espliciti termini dell'articolo 71, comma 3, della Costituzione federale.

Malgrado gli atti amministrativi di ammissione di personale e di concessione di pensioni siano dotate di esecuzione immediata, diventano definitive solo dopo la loro analisi e approvazione da parte degli organi di controllo. L'articolo 71, comma III, della Costituzione esclude dall'ambito di controllo solamente le nomine politiche. Trattandosi di ammissione di personale, è importante risaltare che la Costituzione del 1988 innovò nello stabilire l'obbligo di un concorso pubblico preliminare per l'investitura in qualsiasi incarico o pubblico impiego in tutta la Pubblica Amministrazione, diretta o indiretta, in qualsiasi Potere dell'Unione, degli Stati, del Distretto Federale e dei Comuni, come sorge dall'articolo 37, comma II, della Costituzione federale.

Secondo i termini della Costituzione, il Tribunale dei Conti sarà integrato da nove Ministri, detentori di "riconosciute conoscenze giuridiche, contabili, economiche e finanziarie o della pubblica amministrazione" (articolo 73, *caput* e comma 1, III); da Tribunali di Conti degli Stati e del Distretto Federale e, anche, da Tribunali e Consigli di Conti dei Comuni (articolo 75, *caput*, della Costituzione Federale).

Infine, si evidenzia che i compiti costituzionali delle Corti dei Conti, elencati nell'articolo 71 della Costituzione, non possono soffrire l'azione inibitrice di uno qualsiasi dei Poteri dello Stato.

Sebbene la sua azione sia bersaglio di critiche, la sua esistenza è salutare e necessaria.<sup>345</sup>

---

<sup>345</sup> Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, nella sua monografia (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Limites à revisibilidade judicial das decisões dos Tribunais de Contas. Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, Brasília, t. I, n. 24, 1998, p. 61-89), espone che: "10. La nota teoria della separazione dei Poteri corrisponde alla distribuzione delle funzioni dello Stato e non autorizza a concludere che le medesime sono esercitate con esclusività o monopolio; gli organi si identificano appena per la predominanza delle funzioni che svolgono; 11. I Tribunali dei Conti, istituzione creata dopo l'avvento di questa teoria, si posizionano tra i Poteri, controllandoli tutti. Costituisce un organismo autonomo non soggetto a gerarchia e ne deriva che la natura di alcune delle sue funzioni non possono inquadarsi a forza nell'ortodossa divisione. Secondo la Costituzione controlla, valuta e giudica, con competenza privativa; 12. L'esercizio della funzione di giudicare non è ristretto ai giudici. I Tribunali dei Conti hanno la competenza costituzionale di giudicare conti degli amministratori e di altri responsabili di denaro, beni e valori pubblici. Il termine giudizio non può aver altro significato che non corrisponda all'esercizio della giurisdizione e sarà effettivo solo se produce una cosa giudicata; 13. La miglior dottrina e giurisprudenza dei Tribunali Superiori ammette chiaramente che le decisioni dei Tribunali dei Conti, quando adottate a causa della materia che il Costituente ha stabilito nella competenza di giudicare, non possono essere riviste per quanto riguarda il merito; 14. Le decisioni adottate nel giudizio dei conti degli amministratori e di altri responsabili ha efficacia di titolo esecutivo, anche per esplicita disposizione costituzionale, corroborando la forza

## CONSIDERAZIONI FINALI

L'elaborazione di questa tesi ha rappresentato una grande sfida. Prima di tutto in funzione della lingua italiana, allo stesso tempo affascinante e complessa. Poi, per la necessità di familiarizzarsi con un sistema costituzionale che, nonostante sia molto simile a quello brasiliano, si distingue dallo stesso in molti aspetti.

Sono state dedicate molte ore alla ricerca di dottrina e giurisprudenza, sia in biblioteche nazionali, sia italiane, conciliate con il lavoro forense svolto presso la Procura Generale del Comune di Porto Alegre/RS e con l'insegnamento del Diritto Costituzionale.

Specialmente l'aspetto culturale ha richiesto un intenso adattamento alle abitudini, alle posture, insomma, al diverso *modus vivendi*.

Riguardo all'investimento realizzato, in tutti i sensi, si tratta di un'esperienza unica che si raccomanda agli studiosi del Diritto. La vita in un paese straniero, che richiede risposte rapide a esigenze fino allora sconosciute, mette in moto un profondo processo di autoconoscenza e di crescita a livello accademico e personale.

Il tema scelto per la tesi è fonte di inquietudine intellettuale in tutto il mondo. Esiste una profusione di lavori teorici sull'efficacia dei diritti fondamentali sociali e sul ruolo dei giudici nello Stato Costituzionale. La tensione che si installò tra il diritto e la politica ha fomentato il dibattito accademico.

Il presente studio si distingue per aver tracciato un paragone per quanto riguarda la disciplina costituzionale, il livello di realizzazione e le garanzie giurisdizionali dei diritti sociali in Italia e in Brasile.

Nella parte iniziale del lavoro è stato messo in evidenza che lo Stato possiede un carattere strumentale, il cui fine ultimo è quello di propiziare che tutti gli individui raggiungano il loro completo sviluppo.

---

giudicante delle decisioni adottate in questa materia; 15. I processi costituiti che hanno lo scopo di affrontare le decisioni dei Tribunali dei Conti, in materia della loro competenza privativa di giudicare, devono essere oggetto di risposte processuali adeguate, dove mediante eccezione si cercherà l'estinzione del processo senza giudizio del merito”.



Si ritiene che la massimizzazione del benessere può essere ottenuta soltanto attraverso l'effettiva partecipazione dello Stato, sotto forma di prestazione di servizi pubblici di qualità.

La sua azione sostanziale, tendente ad assicurare a ciascun individuo perlomeno un minimo in prestazioni, caratterizza lo Stato Sociale e Democratico di Diritto, che rappresenta l'apice di una lenta evoluzione.

In questo modello, si attribuisce allo Stato un comportamento attivo nella realizzazione della giustizia sociale. La riduzione delle disuguaglianze mira a offrire dignità a tutti, in modo che, nella condizione di soggetti, esercitino effettivamente i propri diritti e libertà costituzionali.

Lo Stato Sociale di Diritto si manifestò principalmente a partire dalla Costituzione messicana del 1917 e dalla Costituzione tedesca del 1919, nelle quali, per la prima volta, constarono esplicitamente i diritti sociali, ma fu dopo la Seconda Guerra Mondiale che la preoccupazione dei paesi con questa categoria si intensificò, culminando nella creazione della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, del 1948, e nel Patto Internazionale di Diritti Economici, Sociali e Culturali, del 1966.

Così come lo Stato, anche i diritti fondamentali subirono trasformazioni. Il loro sviluppo non seguì un percorso lineare, cambiando secondo le esperienze statali.

La storia del Brasile fu marcata dalla dominazione coloniale; dal regime totalitario denominato di "Stato Nuovo", che si estese dal 1937 al 1945; dal colpo di stato militare del 1964, i cui effetti continuarono fino al 1985; dall'*impeachment* del primo presidente eletto democraticamente dopo questo periodo.

Come se non bastasse, ebbe sei Costituzioni, tra cui quella del 1988, che malgrado estremamente avanzata, ha già sofferto più di settanta emendamenti.

Visti questi fatti, non sorprende che il paese presenti una fisionomia immatura, frutto delle successive rotture istituzionali. Le manca una società civile organizzata e un sentimento costituzionale.

Malgrado figure nel panorama mondiale come uno dei grandi produttori di ricchezza, il Brasile continua a presentare indici insoddisfacenti in aree essenziali come l'istruzione, la sanità e l'abitazione.

Le intense disuguaglianze socioeconomiche hanno come conseguenza la miseria, la violenza, l'inefficienza dell'apparato statale, l'apatia politica, insomma, una

democrazia di ridotta qualità o, per usare l'espressione del professor Luigi Ferrajoli, una democrazia (meramente) *formale*.

L'esperienza italiana, a sua volta, contò con appena due costituzioni: la prima concessa unilateralmente dal re, chiamata lo Statuto Albertino; la seconda avvenuta il 1948, dopo la caduta del fascismo. Questo testo costituzionale è rimasto quasi immutato nelle sue caratteristiche essenziali.

La costituzione repubblicana ha accolto la concezione regionalista, con il trasferimento di poteri agli enti locali. Su questo tema è stata operata una riforma dalla Legge costituzionale 3/2001, che ha ridisegnato il titolo V, parte seconda, della Costituzione, sull'assetto di Regioni, Province e Comuni. Tale riforma è stata completata dalla Legge 5 giugno 2003 n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione, comunemente legge "La Loggia".

Per quanto riguarda le peculiarità storiche, vi fu in Brasile e in Italia la scelta a favore di una Costituzione rigida e fortemente garantista, che si riflette nella previsione di un elenco di diritti assai più ampio che nelle antiche Costituzioni liberali, con evidenza per i diritti sociali, che postulano un atteggiamento positivo da parte dei pubblici poteri, in vista della realizzazione del principio dell'uguaglianza sostanziale.

Lo Stato è diventato un'entità dinamica, con una funzione strumentale di garanzia, di pieno sviluppo dei valori personalistici e comunitari dei cittadini, secondo le linee direttive stabilite in una Costituzione-programma.

Questo comporta che lo Stato si ritenga abilitato a correggere il sistema economico. La Costituzione economica è un modello progettuale che pone fini da perseguire ai pubblici poteri ed ai governati. La giustizia sociale non è una mera imposizione etica, ma un' esigenza di qualsiasi politica economico-capitalista, così come il principio della dignità della persona umana.

Accade che, alla fine del XX secolo, il modello del *Welfare State* entrò in crisi. In tutto il mondo è all'ordine del giorno il problema della ridefinizione del ruolo dello Stato nella sfera sociale, in virtù del numero elevato di incarichi sommato al problema dell'insufficienza delle entrate pubbliche.

Lo Stato si riduce persino nei settori strategici come l'istruzione, la sanità, i trasporti e la sicurezza pubblica, trasferendo ai privati le attività che prima svolgeva a carattere esclusivo. Si rafforza l'idea di uno Stato sussidiario regolatore.

Questo modello servì ad attenuare l'instabilità economica, ma a lungo scadenza si sta dimostrando insufficiente in termini di crescita e di creazione di posti di lavoro.

Si ritiene che la sopravvivenza dello Stato moderno è inesorabilmente legata alla costruzione di uno Stato sociale autentico. Soprattutto nei paesi in via di sviluppo, come è il caso del Brasile, non si prescinde dall'intervento statale.

Nel campo sociale non è corretto parlare di spesa pubblica, anche se essa esiste, ma di investimento, che previene altre spese pubbliche, come per esempio quella decorrente dalla manutenzione delle carceri. Si tratta di un investimento pubblico produttivo.

I diritti fondamentali costituiscono i presupposti di una vita libera e degna. In questo senso, i precetti a essi relativi non possono essere pensati solo dal punto di vista degli individui, perché titolari di posizioni giuridiche dinanzi allo Stato particolarmente difensive, ma anche sotto l'aspetto della comunità, come valori o fini che questa si propone di ottenere soprattutto attraverso l'azione effettiva dei Poteri Legislativo, Esecutivo e dei giudici. Pertanto, i diritti fondamentali possono essere studiati nella condizione di diritti soggettivi o di norme (diritto oggettivo). Nel presente lavoro sarà evidenziata la prospettiva giuridico-soggettiva.

Il diritto soggettivo continua a essere una categoria essenziale alla sistemazione dei diritti fondamentali, ma il suo concetto rimane il centro di una grande discussione. Attualmente, deve essere inteso come la rappresentazione di situazioni giuridiche del più svariato genere, che vanno sin dalle pretese, dalle potestà e immunità sino alle mere facoltà. Queste situazioni, data la loro diversità, non sempre prevederanno un dovere stricto sensu come correlato. Si vuole dire: malgrado la protezione di un diritto fondamentale si effettui sempre sottoforma di diritto soggettivo, non si può concludere che a ogni diritto fondamentale corrisponda un dovere, proprio perché le situazioni che caratterizzano il diritto soggettivo sono innumerevoli.

Ci interessa particolarmente sapere quali diritti (soggettivi) fondamentali sono dotati di giustiziabilità.

Nei classici diritti di libertà, la nota di soggettività, nel senso della loro esigibilità, traspare nella forma più accentuata. Si sa però che i diritti fondamentali sono "posizioni giuridiche complesse". Tant'è vero che, solo nell'ambito dei diritti sociali, si possono trovare sia "diritti alle prestazioni", sia le concretizzazioni dei diritti

di libertà e di uguaglianza, la cui struttura giuridica è notoriamente diversa. È quindi necessaria la loro analisi attraverso il criterio della predominanza dell'elemento difensivo o dell'elemento della prestazione.

È opportuno avvisare che la pari tutela costituzionale dei diritti inviolabili non implica, di per sé, un'identica possibilità di realizzazione, anche giudiziaria, degli stessi.

I diritti di difesa sono abitualmente previsti in norme di efficacia piena, mentre i diritti a prestazioni sarebbero previsti dalle norme di efficacia solamente limitata. I diritti a prestazioni si suddividono in diritti a prestazioni giuridiche, dove rientrano i diritti di protezione e partecipazione nell'organizzazione e nel procedimento, e in diritti a prestazioni materiali.

Le norme che stabiliscono diritti a prestazioni materiali si identificano con i diritti sociali che hanno una dimensione di prestazione. La loro maggioranza ha come destinatario lo Stato, al quale è diretta, sulla base dello *status positivus*, la pretesa di una creazione, di una fornitura, di un miglioramento e di una redistribuzione dei beni materiali e servizi. Ovviamente essi presuppongono l'esistenza di un sistema strutturato che permetta l'uguaglianza di accesso a tutti i cittadini e tutto ciò, naturalmente, ha un costo. In realtà, tutti i diritti producono un costo finanziario da soddisfare essenzialmente attraverso i tributi. La positività, secondo la tesi di Holmes e Sunstein, autori dell'opera *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*, è un elemento comune e concettuale dei diritti fondamentali, anche di quelli tradizionalmente definiti come negativi.

Il problema è che si verifica, con sempre maggior intensità, che le posizioni soggettive tutelate nelle Costituzioni contemporanee esistono solo dove c'è un flusso di bilancio che lo permetta. Queste posizioni derivano, non solo dai diritti fondamentali, ma anche dal principio della dignità umana. La dignità fu riconosciuta dalla Costituzione italiana come principio-clausola-valore, e ha come presupposto essenziale l'accesso ai servizi sociali. Così, tutta l'attività dello Stato è orientata dal principio della dignità, dovendo non solo astenersi da ingerenze che le siano contrarie ma anche diffonderla, poiché contiene un aspetto positivo, un *mandato de ottimizzazione*. Negli ultimi decenni, la dignità è diventata una delle clausole generali più utilizzate dalla giurisprudenza, soprattutto in materia di salute e integrità della persona. La dignità rappresenta un *minimum* invulnerabile di tutte le persone, dunque la sua natura universale.

Sorprende che l'essenzialità dei diritti sociali sia stata per molto tempo contestata sia in Italia che in Brasile e anche in altri ordinamenti giuridici.

Gli autori che anche oggi si oppongono al loro riconoscimento come autentici diritti fondamentali sostengono che la maggior parte dei diritti sociali è enunciata per mezzo di norme programmatiche e che per questo sono sprovvisti di vincolo giuridico, rappresentando un mero appello alle istanze politiche. Ci sono anche quelli che riducono il loro carico di essenzialità appena al cosiddetto *minimo esistenziale*.

È possibile affermare che tale discussione è superata. Oggi si sa che i diritti sociali rientrano a pieno titolo nel novero dei diritti fondamentali e che costituiscono anche elementi qualificanti dello Stato sociale democratico di diritto. Da ciò la duplice natura dei diritti sociali, i quali rappresentano, nel medesimo tempo, diritti veri e propri e disposizioni costituzionali di principio.

La giurisprudenza e la dottrina italiana e brasiliana prevalenti riconoscono ai diritti sociali il carattere di diritti inviolabili o fondamentali.

Stabilito questo punto, si vuole abbozzare una nozione di diritti sociali come quelli che hanno lo scopo di garantire la libertà fattuale, dato che la condizione della libertà è l'eguaglianza.

L'oggetto tipico dei diritti sociali è il cosiddetto "minimo di esistenza materiale", come misura di minor grado di protezione nelle aree di educazione e sanità, per esempio. Tuttavia, lo Stato deve diffondere l'incremento delle condizioni di vita oltre questo livello.

Malgrado il comma 1 dell'articolo 5 della Costituzione brasiliana asserisca che "Le norme che definiscono diritti e garanzie fondamentali hanno applicazione immediata", cambia il grado di questa efficacia. Le norme di definizione dei diritti sociali, in particolare, sono, nella maggior parte, concepite come programmatiche, quindi, configurano i diritti in modo incompleto, presentando bassa densità normativa.

I soggetti istituzionali giuridicamente obbligati a realizzare le condizioni di uguaglianza sostanziale sono il legislatore e la Pubblica Amministrazione. La questione è se essi non adempiono al suddetto obbligo, o l'adempiono in maniera inadeguata. In questa situazione, ci si domanda se i giudici possono porre rimedio alle omissioni totali o parziali dei pubblici poteri. Sappiamo che ai giudici non è dato attuare come "legislatori positivi", non rispettando il principio della tripartizione dei poteri. Però, quando la violazione a diritti minimi è evidente e arbitraria, crediamo che l'intervento giudiziale sarà autorizzato.

La Corte costituzionale e i giudici comuni italiani hanno ritenuto che la magistratura debba estrarre dalle disposizioni costituzionali scritte tutti i significati che in base alle regole della logica costituiscono loro possibili sviluppi e specificazioni.

Sostenere il contrario sarebbe fare una interpretazione riduttiva della Costituzione, nel senso che le disposizioni costituzionali che riconoscono i diritti sociali a prestazioni positive non sono immediatamente applicabili, ovvero che l'intervento del legislatore sia giuridicamente indispensabile per definire il contenuto del diritto medesimo. Affermare, in altri termini, l'esistenza di una riserva di legge anche in materia di definizione del contenuto costituzionalmente garantito del diritto di accedere ai beni e ai servizi essenziali significherebbe ribaltare la stessa *ratio* della riserva di legge.

La dottrina prevalente sostiene che non è più possibile negare il carattere giuridico e, quindi, l'azionabilità dei diritti fondamentali, nella sua molteplice tipologia. È puramente ideologica, e non scientifica, la resistenza che ancora oggi si oppone alla realizzazione, per via coercitiva, dei cosiddetti diritti sociali.

Tuttavia, anche se l'azionabilità di diritti fondamentali sociali viene riconosciuta, non si può negare che la sua realizzazione è più complessa di quella delle altre categorie. Sono innumerevoli le prestazioni esigibili dallo Stato, sia nella forma di consegna di un bene o nella soddisfazione di un interesse.

La fornitura pubblica dei servizi sociali richiede una gamma di agenti e di atti materiali che li materializzino, affinché le norme costituzionali non cadano nel vuoto. Quest'attività possiede innegabilmente un costo.

L'ampiezza e la natura di tali prestazioni sono in buona parte determinate dalle decisioni politiche fondamentali e condizionate dalle risorse disponibili. Le scelte talvolta imposte dalla scarsità di risorse finanziarie mettono in evidenza quali valori sono veramente importanti per una società.

Trattandosi di accesso alla sanità, l'approccio della questione della scarsità è abbastanza delicato, inibendo i riferimenti a costi. L'aumento delle spese in quest'area e nella Previdenza Sociale, però, forza la discussione.

Non si pensa, assolutamente, di non soddisfare queste richieste. L'essenzialità dei diritti sociali, soprattutto in materia di sanità, non è, in nessun modo, messa in discussione.

In realtà si tratta di cercare la miglior maniera di farlo, cioè, di ottenere "maggior efficienza", per usare un'espressione economica. L'efficacia non è un

valore solo per gli economisti o per il mercato, ma obbliga lo stesso Stato, secondo i termini dell'articolo 37 della Costituzione brasiliana e 97, comma 1, della Costituzione italiana.

Ciò che si constata, in una prospettiva integrata di Diritto ed Economia, è che le risorse di bilancio ottenute attraverso i tributi sono scarse, mentre le necessità umane da soddisfare sono illimitate. Per questa ragione, l'impiego delle risorse disponibili dev'essere realizzato in modo efficiente, al fine di poter attingere il maggior numero possibile di richieste.

La programmazione dell'azione dello Stato, mediante la razionalizzazione delle risorse pubbliche, è una necessità dei tempi moderni, caratterizzati anche dall'esplosione demografica e dall'aumento della speranza di vita.

Invece di parlare in diminuzione di diritti o delle sue garanzie, si deve invece ridimensionare l'estensione di questa protezione, usando come parametro le condizioni economiche di ogni società. Il controllo dei costi permette di scegliere meglio dove spendere le insufficienti risorse pubbliche.

Esistono ipotesi in cui la stessa Costituzione definisce le politiche pubbliche da implementare, come è il caso in Brasile dell'istruzione pubblica fondamentale e media. Pertanto, la scelta di destinare risorse deve rispettare l'elenco di priorità e gli *standard* minimi stabiliti nel testo costituzionale.

La discrezionalità del legislatore non è, pertanto, assoluta. I Poteri Legislativo e Esecutivo devono, nel decidere sull'uso delle entrate, dare priorità ai diritti sociali, soprattutto quelli dell'istruzione e della sanità.

Si deve evidenziare come competenza precipua del Potere Esecutivo quella di effettuare le spese. Così, un'interpretazione in senso opposto, anche se con il pretesto di garantire e diffondere i diritti fondamentali, mette seriamente a rischio la programmazione governativa. Non si ammette che i giudici agiscano al posto dei poteri legislativo o esecutivo, trasformando la discrezionalità insita di questi poteri in "discrezionalità giudiziale".

Esiste un sistema di previsione di bilancio architettato dal legislatore costituente per la disciplina della vita finanziaria del paese. Così, le spese governative devono avere una previsione nella legge di bilancio, pena l'impossibilità di azione dei poteri dello Stato, soprattutto dell'Esecutivo.

Con tali ponderazioni, non si sta dicendo che i giudici non possono intervenire in caso di mancato adempimento a quanto previsto dalle norme in tema di

diritti sociali. Sono, così come gli altri poteri, vincolati ai diritti fondamentali, a cui devono concedere la maggior efficacia possibile. I diritti fondamentali sociali sono garantiti da principi giuridici fondamentali e, in questa condizione, non si presentano come comandi definitivi, ma come comandi *prima facie*.

L'importanza delle funzioni svolte dai giudici è indiscutibile. Non c'è dubbio che le garanzie dei diritti si manifestano soprattutto attraverso l'operare della giurisdizione. Mentre la garanzia prevista in sede normativa ha funzione preventiva ed è disciplinata in modo generale ed astratto, la garanzia in concreto delle puntuali situazioni soggettive individuali è assicurata attraverso l'esercizio delle funzioni giurisdizionali.

Si ritiene, tuttavia, che in questa materia bisogna avere la massima cautela. Il principio della separazione dei poteri è alla base del regime democratico. È oltremodo risaputo che risiede principalmente nei Poteri Legislativo ed Esecutivo la prerogativa di formulare ed eseguire politiche pubbliche. Così, solo in situazioni eccezionali, specialmente nelle ipotesi delle politiche pubbliche definite dalla stessa Costituzione è che si rivela possibile ai giudici determinare la loro implementazione per gli organi statali inadempienti.

In qualsiasi modo, è ora di rivedere il vetusto dogma della separazione dei poteri. Esso ha svolto il proprio ruolo storico di opposizione ai regimi assolutisti, ma deve essere reinterpretato alla luce del sistema costituzionale contemporaneo, di preminente matrice sociale.

Ci obbliga a riflettere se, dopo tutte le trasformazioni per le quali passò l'umanità, appena la rappresentatività ottenuta con voto popolare è quella che concentra il potere legittimo di decisione sulle scelte pubbliche.

Malgrado la designazione dei magistrati non derivi dalla via elettiva, è certo che anche loro svolgono un potere rappresentativo. La legittimità della loro attuazione non è pregiudicata dalla forma di nomina.

Sia in Italia che in Brasile richiama l'attenzione l'elevato numero di decisioni giudiziali additive che concedono, in modo individuale o collettivo, diverse specie di diritti sociali, con o senza intermediazione di norme emesse dal Potere Legislativo o da quello Esecutivo. Ocorre che l'esborso da parte delle Finanze Pubbliche delle risorse determinate per decisione giudiziale genera innumerevoli difficoltà pratiche.

È per questa ragione che si diffonde nella giurisprudenza costituzionale italiana il ricorso a tecniche decisorie particolarmente sensibili al problema delle



compatibilità economiche ed attente al bilanciamento tra diritti ed esigenze di bilancio. Si parla in “diritti finanziariamente condizionati”, constatando la tendenza ad assicurare nel modo più ampio la possibilità di intervento nel controllo di costituzionalità delle leggi di spesa, soprattutto sotto il profilo dell’articolo 81 della Costituzione.

In Brasile, invece, i diritti sociali sono comunemente emessi a margine del sistema di bilancio e, ancora, con il sostegno diretto della Costituzione, cosa che, in Italia, è eccezionale. Di regola la Corte Costituzionale italiana identifica una lacuna relativa ai diritti sociali e rimanda la discussione al Potere Legislativo, per l’edizione di leggi o, secondo i casi, di regolamenti.

Solamente le decisioni più vecchie dei tribunali brasiliani facevano riferimento alla “clausola della riserva del possibile”, creata dalla dottrina tedesca sulla base di una decisione della Corte Costituzionale di quel paese. Attualmente, oltre a ignorare la questione della carenza di risorse, non vengono presi in considerazione nemmeno i criteri di divisione di competenze in materia sanitaria tra i livelli federale, statale e comunale, affermando la solidarietà degli enti federativi.

Si trovano sentenze brasiliane ampiamente additive pure in materia di istruzione, mentre in Italia, in un precedente, la Corte costituzionale ha affermato che il compito di facilitare il diritto allo studio e all’istruzione, per poterlo rendere effettivo, mediante l’adozione di idonee misure strumentali, spetta ai soggetti pubblici competenti, entro i limiti consentiti dalle risorse di cui rispettivamente dispongono.

Questa disparità di interpretazione si spiega in gran parte per la storia e i gravi problemi sociali brasiliani, mentre in Italia i diritti sociali sono meglio consolidati.

Sono senza dubbio lodevoli gli sforzi dei giudici in favore dei diritti fondamentali, formulandone un’interpretazione meno formalista, dimostrando non solo logica giuridica, ma coscienza sociale. Tuttavia, è importante che, in questa tesi di dottorato, si apra uno spazio di riflessione sull’argomento, i cui riflessi sono molteplici.

C’è chi sostiene, con base nel principio della separazione dei poteri, che emettere sentenze additive sotto l’impatto della pressione dei fatti, anche di fatti sociali molto tristi, non è ruolo del giudiziario. Esso non crea denaro, ridistribuisce il denaro che possedeva altre destinazioni stabilite dal Legislativo e applicate dall’Esecutivo.

La decisione sulla destinazione delle risorse pubbliche appartiene ai rappresentanti eletti, che lo fanno sottoforma di legge di bilancio. Questa legge, tuttavia, non può che essere predisposta dall'amministrazione, poichè il bilancio è espressione precipua della politica governativa, rappresentandone il suo piano di lavoro.

Non a caso il bilancio ha assunto nello Stato moderno un'importanza crescente. Da un lato consente l'indirizzo della politica economica e fiscale, d'altro canto permette di percepire il livello qualitativo dell'attività svolta dal Governo, in ambito economico.

Con l'intuito di conferire efficacia ai diritti sociali, la Costituzione brasiliana fissa investimenti minimi obbligatori di risorse di bilancio per la sanità e l'istruzione, come si deduce dagli articoli 198, commi 2 e 3, e 212, commi dall'1 al 5.

Tali dispositivi sarebbero di infimo valore se non vi fossero mezzi giuridici per garantire la concretizzazione dei loro effetti. Si mette in evidenza, in questa sede, l'importanza della funzione giurisdizionale, allo scopo di conferire un'azione concreta alle norme giuridiche che disciplinano una determinata situazione.

Tra le misure giudiziali di effettuazione delle norme costituzionali relative a diritti fondamentali si evidenzia l'intervento, l'azione diretta di incostituzionalità per omissione e il mandato di ingiunzione, i cui contorni principali sono stati oggetto di analisi nel capitolo IV.

Ha, infine, meritato un rilievo il controllo realizzato dalle Corti dei Conti di tutti gli atti del governo che hanno ripercussione sul bilancio statale.

Ovviamente il presente studio non ha avuto la pretesa di esaurire un tema così vasto e fecondo, limitandosi all'analisi dell'effettività dei diritti sociali di prestazioni soprattutto nel loro aspetto economico, indagando sui limiti della loro realizzazione e sulle conseguenze di queste restrizioni dinanzi alla crisi vissuta dallo Stato Sociale in tutto il mondo.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALPA, Guido; GRAZIADEI, Michele; GUARNERI, Attilio; MATTEI, Ugo; MONATERI, Pier Giuseppe; SACCO, Rodolfo. *Trattato di Diritto Civile. La parte generale del diritto civile. Il diritto soggettivo*. Torino: UTET, 2001.

ALPA, Guido. *Trattato di diritto privato. I principi generali*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006.

AMARAL, Gustavo; Melo, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais. Orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARTONI, Roberto. *Elementi di scienza delle finanze*. 4. ed. Bologna: Mulino, 2005.

BALBONI, Enzo. Diritti sociali, sanità e prospettive del federalismo. In: FARES, Guerino (coord.). *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*. Torino: Giappichelli, 2009.

BALDASSARRE, Antonio. La normatività della Costituzione e i suoi “nemici”. *Rivista di Diritto Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1996.

BARBEIRO, Heródoto. *Curso de história do Brasil*. São Paulo: Harbra, 1946.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível.”* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*. Disponível su: [/www.ammp.org.br/smmaster/inst/artigo/Artigo-6.pdf](http://www.ammp.org.br/smmaster/inst/artigo/Artigo-6.pdf). Visitato il 30 maggio 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARZOTTO, Luís Fernando. Justiça social. Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. **Revista Direito e Justiça da Faculdade de Direito da PUCRS**, Porto Alegre, v. 28, ano XXV, 2003/2.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento. Uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BIANCO, Enzo. **Federalismo fiscale**. Atti del convegno promosso dai Presidenti delle Commissioni Finanze e Tesoro del Senato della Repubblica e Finanze della Camera dei deputati in occasione della presentazione degli atti dell' indagine conoscitiva sul federalismo fiscale. Roma: Senato della Repubblica, mag. 1999.

BIANCO, Giovanni. **Costituzione ed economia**. Torino: Giappichelli, 1999.

BIN, Roberto; Pitruzzella, Giovanni. **Diritto costituzionale**. 9. ed. Torino: Giappichelli, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado constitucional. Problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRUNETTO, Thiago Cechini. Reforma do Estado, Estado regulador. In: MOLL, Luiza Helena. **Agências de Regulação do Mercado**. Porto Alegre: UFRGS, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. T. I. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPEZ, Fernando; CHIMENTI, Ricardo Cunha; ROSA, Márcio F. Elias; SANTOS, Marisa F. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARETTI, Paolo. **Diritto regionale**. Padova: CEDAM, 2006.

CARETTI, Paolo. **I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali**. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2005.

CARETTI, Paolo. I diritti sociali nella Costituzione Italiana e gli strumenti di garanzia. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (coord.). **A**

**eficácia dos direitos sociais. I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/ Espanha/ Itália.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CARINGELLA, Francesco. **Compendio di diritto amministrativo.** Roma: DIKE Giuridica Editrice, 2008.

CARROZZA, Paolo. Per un diritto costituzionale delle autonomie locali. **Rivista di Diritto Costituzionale.** Torino: Giappichelli, 1996.

CASSESE, Sabino (coord.). **Dizionario di Diritto Pubblico.** V. III. Milano: Giuffrè, 2006.

CAVALERI, Paolo. **Diritto regionale.** Padova: CEDAM, 2006.

CELOTTO, Alfonso. **Questioni di giustizia costituzionale.** Napoli: Editoriale Scientifica, 2009.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

COGLIANI, Solveig. **Il principio di proporzionalità in Italia ed in Europa: la tutela dinanzi al giudice amministrativo.** Padova: CEDAM, 2008.

COLAPIETRO, Carlo. **La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato Sociale.** Padova: CEDAM, 1996.

**Compendio di Diritto Costituzionale.** XII ed. Napoli: Simone, 2008.

**Contabilità e finanza degli enti locali.** XIV ed. Napoli: Simone, 2008.

CONTI, José Mauricio. Considerações sobre o federalismo fiscal brasileiro em uma perspectiva comparada. In: CARETTI, Paolo. **Osservatorio sulle fonti 2008. La legge parlamentare oggi.** Torino: Giappichelli, 2010.

CORSO, Guido. Pubblico e privato nel sistema sanitario. In: FARES, Guerino (coord.). **Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile.** Torino: Giappichelli, 2009.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A jurisdição constitucional em Portugal.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

COSTA, Marli M. da. O discurso no espaço local para a concretização da cidadania de crianças e jovens frente à exclusão social. In REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (orgs). **Direitos Sociais e políticas Públicas. Desafios Contemporâneos.** T. 7, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

DELPINO, Luigi; DEL GIUDICE, Federico. **Diritto amministrativo.** XXV ed.. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2007.

DÍAZ, Elias. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática.** Madri: Taurus Ediciones, 1988.

DIMOULIS, Dimitri. Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord). **Jurisdição e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

EMPOLI, Domenico da; IOANNA, Paolo de; VEGAS, Giuseppe. **Il bilancio dello Stato. La finanza pubblica tra Governo e Parlamento**. 4. ed. Milano: Il Sole, 2005.

**Enciclopedia del diritto**, V, Milano: Giuffrè Editore, 1959.

**Enciclopedia Giuridica**. Istituto della Enciclopedia Italiana. Roma: Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1988.

FARES, Guerino (coord.). **Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile**. Torino: Giappichelli, 2009.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Limites à revisibilidade judicial das decisões dos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, Brasília, t. I, n. 24, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Madri: Ed. Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantias**. Tradução de Eduardo Maia Costa. Lisboa, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto**. V. I. Bari: Laterza, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia**. V. II. Bari: Laterza, 2007.

FERRARA, Franco Batistoni; BELLÉ, Brunella. **Corso di Diritto Finanziario**. Padova: Cedam, 2005.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005.

GALIA, Susana Sbrogio'. **Mutações constitucionais e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GIORGIS, Andrea. Diritti sociali. In: CASSESE, Sabino (coord.). **Dizionario di Diritto Pubblico**. V. III. Milano: Giuffrè, 2006.

GOHIN, Olivier. La récente réforme de la Constitution. **Revue Politique et Parlementaire. La constitution: un jubilé em demi-teinte (1958-2008)**, Puteaux, 110e année, n° 1048, juillet/ septembre 2008.

GUASTINI, Riccardo. **Teoria e dogmática delle fonti**. Milano: Giuffrè, 1998.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

**I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale**. Relazione predisposta in occasione dell'incontro della delegazione della Corte Costituzionale con il Tribunale Costituzionale della Repubblica di Polonia. Disponibile su: [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Visitato nel febb. 2010.

JAYME, Fernando G. Tribunal de Contas: jurisdição especial e a prova no procedimento de julgamento de contas. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 32, n.3, julho/setembro 1999.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. Sobre o associativismo, desigualdades e democracia, **Revista brasileira de ciências sociais**, São Paulo, v. 18, n. 53, out. 2003. Disponibile su <http://www.scielo.br/scielo.php>. Visitato il 24 feb. 2010.

KRELL, Andreas J. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais. In: SARLET, Ingo (org.) **A Constituição concretizada. Construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

**La dignità dell'uomo quale principio costituzionale**. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese. A cura di M. Bellocci e P. Passaglia. Disponibile su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), accesso il febb. 2010.

LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord). **Jurisdição e direitos fundamentais**. V. I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LEAL, Rogério Gesta. O controle social dos serviços públicos no Brasil como condição de sua possibilidade. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos sociais e políticas públicas. Desafios contemporâneos**. T. 7, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

LEDUR, José Felipe. **Direitos fundamentais sociais. Efetivação no âmbito da democracia participativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

**Leggere la Costituzione Repubblicana. Breve commento articolo per articolo**. IV ed. Napoli: Simone, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LUCIANI, Fabrizio; ROLLI, Renato. **Azione Amministrativa e Disciplina di Diritto Pubblico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

LUCIANI, Massimo. La produzione della ricchezza nazionale. In: RUOTOLO, Marco (org.). **La costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo**. Q. 1. Napoli: Editoriale Scientifica, 2008.

LUCIANI, Massimo. **Sui diritti sociali**. In: Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso. V.I. Padova: CEDAM, 1995.

MACEDO, Larissa de Souza; ARAÚJO, Izamir Carnevali. **Políticas de HIV/AIDS no Sistema Único de Saúde: uma busca pela integralidade da atenção**. Disponível su: <http://www.odontologia.com.br/artigos>. Visitato il 12 giugno 2010.

MARITAIN, Jacques. **El hombre y el Estado**. Traducción de Juan Miguel Palacios. Madri: Fundación Humanismo y Democracia e Encuentro Ediciones, 1983.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Brasileira de Direito Público** n. 1, ano 1, abril- junho 2003, Belo Horizonte, Fórum.

MENEZES, Aderson de. **Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa anotada**. T. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MOLASCHI, Viviana. **I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive**. Torino: Giappichelli, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Guilherme Peña de. **Direito constitucional. Teoria da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NUNES, Gustavo Vanini; RAUCH, Hugo; CAMARGO, Nilo Marcelo de Almeida; SILVA, Tiago Desimon Testa da. A ordem econômica na constituição de 1988. In: MOLL, Luiza Helena. **Agências de Regulação do Mercado**. Porto Alegre: UFRGS, 2002.

PACE, Alessandro. **Problematica delle libertà costituzionali**. Parte generale. Padova: CEDAM, 2003.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **O caráter cíclico da intervenção estatal**. Paper presentato al seminario "Democratizing Economics", patrocinato dall'Istituto di Studi Avanzati dell'Università di San Paolo e dal Woodrow Wilson International Center e



realizzato a San Paolo, dal 26 al 28 luglio 1988, rimanendo a disposizione su internet, al sito <http://www.rep.org.br/pdf/35-7.pdf>, visitato il 24 feb. 2010.

PEZZI, Susete Pricilla. **Abramo Pezzi. Il maestro. 150 anos: 1846-1996**. Caxias do Sul: Kessler, 1996.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PUGLIESE, Enrico. Le prestazioni sociali. In: RUOTOLO, Marco (org.). **La costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo**. Q. 1. Napoli: Editoriale Scientifica, 2008.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não-reversibilidade dos direitos fundamentais sociais. Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAWLS, John. **Liberalismo Político**. Tradução de Sergio René Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno**. Bari: Laterza, 2007.

REVIGLIO, Edoardo. Scelte Pubbliche e Nuovi Indirizzi di Economia del Benessere. A proposito del Manuale di scienza delle finanze di Francesco Forte. **Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze**, n. 2, Milano, anno LXVII, giu. 2008.

**Revista da Educação**, n. 5, São Paulo, 2009.

RIGAUX, François. **Les attributs du droit de la personnalité face à l'intangibilité de la dignité humaine**. Alemanha: Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2002.

RODOTÀ, Stefano. **La vita e le regole. Tra diritto e non diritto**. Milano: Feltrinelli, 2009.

RODRIGUES, Hugo Thamir. Políticas tributárias de desenvolvimento e de inclusão social: fundamentação e diretrizes, no Brasil, frente ao princípio republicano. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Orgs). **Direitos Sociais e políticas Públicas. Desafios Contemporâneos**. T. 7, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

ROLLA, Giancarlo. **La tutela costituzionale dei diritti**. V. III. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007.

ROVAGNATI, Andrea. **Sulla natura dei diritti sociali**. Torino: Giappichelli, 2009.

RUOTOLO, Marco. A mo' di introduzione. In: RUOTOLO, Marco (org.). **La costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo**. Q. 1. Napoli: Editoriale Scientifica, 2008.

SALAZAR, Carmela. ***Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto.*** Torino: Giappichelli, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. ***A Eficácia dos Direitos Fundamentais.*** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. ***Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.*** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo. Os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas. ***Revista de Interesse Público***, Porto Alegre, n. 17, 2003.

SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil. Garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (coord.). ***A eficácia dos direitos sociais. Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/ Espanha/ Itália.*** São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 25.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; Timm, Luciano Benetti (Org.). ***Direitos fundamentais. Orçamento e “reserva do possível”.*** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHMIDT, João Pedro. Gestão de políticas públicas: elementos de um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (orgs). ***Direitos sociais e políticas públicas. Desafios contemporâneos.*** T. 7, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. A saúde como direito público subjetivo e fundamental do homem e sua efetivação. ***Revista da AJURIS. Doutrina e jurisprudência***, Porto Alegre, ano XXVII, n. 83, setembro de 2001.

SERGES, Giovanni. Statuto dei Diritti del Contribuente. estratto dal volume ***Trasformazioni della funzioni legislativa***, II, Crisi della legge e sistema delle fonti, a cura di Franco Modugno, Giuffrè, 2000.

SILVA, de Plácido e. ***Vocabulário jurídico.*** V. III. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

SILVA, José Afonso da. ***Aplicabilidade das normas constitucionais.*** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. ***Curso de Direito Constitucional Positivo.*** 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SORRENTINO, Federico. ***Le garanzie costituzionali dei diritti. Lezioni raccolte da Roberta Calvano.*** Torino: Giappichelli, 1998.

STEINMETZ, Wilson Antônio. ***Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.*** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. ***O que é isto – decido conforme a minha consciência?*** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TASSONE, Antonio Romano. Analisi economica del diritto e “amministrazione di risultato”. **Diritto amministrativo. Rivista trimestrale**, fascicolo 1, Milano: Giuffrè Editrice, anno XV, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TESSARI, João Antônio. **Memórias**. Caxias do Sul: UCS, 1994.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais. Orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia**. V. III. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VERGOTTINI, Giuseppe de. **Diritto Costituzionale**. 6. ed. Padova: CEDAM, 2008.

VINCENTI, Umberto. **Diritti e Dignità Umana**. Bari: Laterza, 2009.

VIOLINI, Lorenza. Regionalismo differenziato e utilizzazione dell'art. 116.3 Cost. (con particolare riguardo al regime dei diritti sociali. In: Le istituzioni del federalismo. **Regione e governo locale. Bimestrale di studi giuridici e politici della Regione Emilia-Romagna**, Rimini, Maggioli Editore, anno XXIX, gennaio-febbraio 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Fragilità e forza dello stato costituzionale**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2006.

**ALLEGATI**

**ALLEGATO A – LEGISLAZIONE**

**Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3**

"Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione"

pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 248 del 24 ottobre 2001

---

**Art. 1.**

1. L'articolo 114 della Costituzione è sostituito dal seguente:

"Art. 114. - La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato.

I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione.

Roma è la capitale della Repubblica. La legge dello Stato disciplina il suo ordinamento".

**Art. 2.**

1. L'articolo 116 della Costituzione è sostituito dal seguente:

"Art. 116. - Il Friuli Venezia Giulia, la Sardegna, la Sicilia, il Trentino-Alto Adige/Südtirol e la Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste dispongono di forme e condizioni particolari di autonomia, secondo i rispettivi statuti speciali adottati con legge costituzionale.

La Regione Trentino-Alto Adige/Südtirol è costituita dalle Province autonome di Trento e di Bolzano.

Ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e le materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo alle lettere l), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) e s), possono essere attribuite ad altre Regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 119. La legge è approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata".

**Art. 3.**

1. L'articolo 117 della Costituzione è sostituito dal seguente:

"Art. 117. - La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie:

a) politica estera e rapporti internazionali dello Stato; rapporti dello Stato con l'Unione europea; diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea;

b) immigrazione;

c) rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose;

d) difesa e Forze armate; sicurezza dello Stato; armi, munizioni ed esplosivi;

e) moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; perequazione delle risorse finanziarie;

- f) organi dello Stato e relative leggi elettorali; referendum statali; elezione del Parlamento europeo;
- g) ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali;
- h) ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale;
- i) cittadinanza, stato civile e anagrafi;
- l) giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa;
- m) determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale;
- n) norme generali sull'istruzione;
- o) previdenza sociale;
- p) legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane;
- q) dogane, protezione dei confini nazionali e profilassi internazionale;
- r) pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale; opere dell'ingegno;
- s) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali.

Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni; commercio con l'estero; tutela e sicurezza del lavoro; istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale; professioni; ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi; tutela della salute; alimentazione; ordinamento sportivo; protezione civile; governo del territorio; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; ordinamento della comunicazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; previdenza complementare e integrativa; armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario; valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali; casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale. Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato.

Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato.

Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di loro competenza, partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari e provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza.

La potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni. La potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni altra materia. I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite.

Le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive.

La legge regionale ratifica le intese della Regione con altre Regioni per il migliore esercizio delle proprie funzioni, anche con individuazione di organi comuni.

Nelle materie di sua competenza la Regione può concludere accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad altro Stato, nei casi e con le forme disciplinati da leggi dello Stato".

#### **Art. 4.**

1. L'articolo 118 della Costituzione è sostituito dal seguente:

"Art. 118. Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

I Comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze.

La legge statale disciplina forme di coordinamento fra Stato e Regioni nelle materie di cui alle lettere b) e h) del secondo comma dell'articolo 117, e disciplina inoltre forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali.

Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà".

#### **Art. 5.**

1. L'articolo 119 della Costituzione è sostituito dal seguente:

"Art. 119. - I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa.

I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno risorse autonome. Stabiliscono e applicano tributi ed entrate propri, in armonia con la Costituzione e secondo i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario. Dispongono di compartecipazioni al gettito di tributi erariali riferibile al loro territorio.

La legge dello Stato istituisce un fondo perequativo, senza vincoli di destinazione, per i territori con minore capacità fiscale per abitante.

Le risorse derivanti dalle fonti di cui ai commi precedenti consentono ai Comuni, alle Province, alle Città metropolitane e alle Regioni di finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite.

Per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni, lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni.



I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno un proprio patrimonio, attribuito secondo i principi generali determinati dalla legge dello Stato. Possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento. E' esclusa ogni garanzia dello Stato sui prestiti dagli stessi contratti".

**Art. 6.**

1. L'articolo 120 della Costituzione è sostituito dal seguente:

"Art. 120. - La Regione non può istituire dazi di importazione o esportazione o transito tra le Regioni, né adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni, né limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale.

Il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali. La legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione".

**Art. 7.**

1. All'articolo 123 della Costituzione è aggiunto, in fine, il seguente comma:

"In ogni Regione, lo statuto disciplina il Consiglio delle autonomie locali, quale organo di consultazione fra la Regione e gli enti locali".

**Art. 8.**

1. L'articolo 127 della Costituzione è sostituito dal seguente:

"Art. 127. - Il Governo, quando ritenga che una legge regionale ecceda la competenza della Regione, può promuovere la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale entro sessanta giorni dalla sua pubblicazione.

La Regione, quando ritenga che una legge o un atto avente valore di legge dello Stato o di un'altra Regione leda la sua sfera di competenza, può promuovere la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale entro sessanta giorni dalla pubblicazione della legge o dell'atto avente valore di legge".

**Art. 9.**

1. Al secondo comma dell'articolo 132 della Costituzione, dopo le parole: "Si può, con" sono inserite le seguenti: "l'approvazione della maggioranza delle popolazioni della Provincia o delle Province interessate e del Comune o dei Comuni interessati espressa mediante".

2. L'articolo 115, l'articolo 124, il primo comma dell'articolo 125, l'articolo 128, l'articolo 129 e l'articolo 130 della Costituzione sono abrogati.

**Art. 10.**

1. Sino all'adeguamento dei rispettivi statuti, le disposizioni della presente legge costituzionale si applicano anche alle Regioni a statuto speciale ed alle province autonome di Trento e di Bolzano per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite.

**Art. 11.**

1. Sino alla revisione delle norme del titolo I della parte seconda della Costituzione, i regolamenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica possono prevedere la partecipazione di rappresentanti delle Regioni, delle Province autonome e degli enti locali alla Commissione parlamentare per le questioni regionali.

2. Quando un progetto di legge riguardante le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e all'articolo 119 della Costituzione contenga disposizioni sulle quali la Commissione parlamentare per le questioni regionali, integrata ai sensi del comma 1, abbia espresso parere contrario o parere favorevole condizionato all'introduzione di modificazioni specificamente formulate, e la Commissione che ha svolto l'esame in sede referente non vi si sia adeguata, sulle corrispondenti parti del progetto di legge l'Assemblea delibera a maggioranza assoluta dei suoi componenti.

**Legge costituzionale 30 maggio 2003, n. 1**

"Modifica dell'articolo 51 della Costituzione"

pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 134 del 12 giugno 2003

---

**Art. 1.**

1. All'articolo 51, primo comma, della Costituzione, è aggiunto, in fine, il seguente periodo:  
«A tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini».

**LEGGE 5 giugno 2003, n. 131 (GU n. 132 del 10/06/2003)**

Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

Materia: REGIONI, COMUNI, PROVINCE

URN: urn:nir:stato:legge:2003-06-05;131

**Preambolo**

La Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica hanno approvato;

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA promulga la seguente legge:

**Art. 1. (Attuazione dell'articolo 117, primo e terzo comma, della Costituzione, in materia di legislazione regionale)**

1. Costituiscono vincoli alla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, ai sensi dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione, quelli derivanti dalle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, di cui all'articolo 10 della Costituzione, da accordi di reciproca limitazione della sovranità, di cui all'articolo 11 della Costituzione, dall'ordinamento comunitario e dai trattati internazionali.

2. Le disposizioni normative statali vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge nelle materie appartenenti alla legislazione regionale continuano ad applicarsi, in ciascuna Regione, fino alla data di entrata in vigore delle disposizioni regionali in materia, fermo quanto previsto al comma 3, fatti salvi gli effetti di eventuali pronunce della Corte costituzionale. Le disposizioni normative regionali vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge nelle materie appartenenti alla legislazione esclusiva statale continuano ad applicarsi fino alla data di entrata in vigore delle disposizioni statali in materia, fatti salvi gli effetti di eventuali pronunce della Corte costituzionale.

3. Nelle materie appartenenti alla legislazione concorrente, le Regioni esercitano la potestà legislativa nell'ambito dei principi fondamentali espressamente determinati dallo Stato o, in difetto, quali desumibili dalle leggi statali vigenti.

4. In sede di prima applicazione, per orientare l'iniziativa legislativa dello Stato e delle Regioni fino all'entrata in vigore delle leggi con le quali il Parlamento definirà i nuovi principi fondamentali, il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri di concerto con i Ministri interessati, uno o più decreti legislativi meramente ricognitivi dei principi fondamentali che si traggono dalle leggi vigenti, nelle materie previste dall'articolo 117, terzo comma, della Costituzione, attenendosi ai principi della esclusività, adeguatezza, chiarezza, proporzionalità ed omogeneità. Gli schemi dei decreti, dopo l'acquisizione del parere della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, di seguito denominata: "Conferenza Stato-Regioni", sono trasmessi alle Camere per l'acquisizione del parere da parte delle competenti

Commissioni parlamentari, compreso quello della Commissione parlamentare per le questioni regionali, da rendersi entro sessanta giorni dall'assegnazione alle Commissioni medesime. Acquisiti tali pareri, il Governo ritrasmette i testi, con le proprie osservazioni e con le eventuali modificazioni, alla Conferenza Stato-Regioni ed alle Camere per il parere definitivo, da rendersi, rispettivamente, entro trenta e sessanta giorni dalla trasmissione dei testi medesimi. Il parere parlamentare definitivo è reso dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali. Gli schemi di decreto legislativo sono esaminati rilevando se in essi non siano indicati alcuni dei principi fondamentali ovvero se vi siano disposizioni che abbiano un contenuto innovativo dei principi fondamentali, e non meramente ricognitivo ai sensi del presente comma, ovvero si riferiscano a norme vigenti che non abbiano la natura di principio fondamentale. In tal caso il Governo può omettere quelle disposizioni dal decreto legislativo, oppure le può modificare in conformità alle indicazioni contenute nel parere o, altrimenti, deve trasmettere ai Presidenti delle Camere e al Presidente della Commissione parlamentare per le questioni regionali una relazione nella quale sono indicate le specifiche motivazioni di difformità dal parere parlamentare.

5. Nei decreti legislativi di cui al comma 4, sempre a titolo di mera ricognizione, possono essere individuate le disposizioni che riguardano le stesse materie ma che rientrano nella competenza esclusiva dello Stato a norma dell'articolo 117, secondo comma, della Costituzione.

6. Nella predisposizione dei decreti legislativi di cui al comma 4, il Governo si attiene ai seguenti criteri direttivi:

a) individuazione dei principi fondamentali per settori organici della materia in base a criteri oggettivi desumibili dal complesso delle funzioni e da quelle affini, presupposte, strumentali e complementari, e in modo da salvaguardare la potestà legislativa riconosciuta alle Regioni ai sensi dell'articolo 117, terzo comma, della Costituzione;

b) considerazione prioritaria, ai fini dell'individuazione dei principi fondamentali, delle disposizioni statali rilevanti per garantire l'unità giuridica ed economica, la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, il rispetto delle norme e dei trattati internazionali e della normativa comunitaria, la tutela dell'incolumità e della sicurezza pubblica, nonché il rispetto dei principi generali in materia di procedimenti amministrativi e di atti concessori o autorizzatori;

c) considerazione prioritaria del nuovo sistema di rapporti istituzionali derivante dagli articoli 114, 117 e 118 della Costituzione;

d) considerazione prioritaria degli obiettivi generali assegnati dall'articolo 51, primo comma, e dall'articolo 117, settimo comma, della Costituzione, alla legislazione regionale;

e) coordinamento formale delle disposizioni di principio e loro eventuale semplificazione.

**Art. 2. (Delega al Governo per l'attuazione dell'articolo 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione e per l'adeguamento delle disposizioni in materia di enti locali alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3)**

1. Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, su proposta del Ministro dell'interno, di concerto con i Ministri per gli affari regionali, per le riforme istituzionali e la devoluzione e dell'economia e delle finanze, uno o più decreti legislativi

diretti alla individuazione delle funzioni fondamentali, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione, essenziali per il funzionamento di Comuni, Province e Città metropolitane nonché per il soddisfacimento di bisogni primari delle comunità di riferimento.

2. Con i decreti legislativi di cui al comma 1, si provvede, altresì, nell'ambito della competenza legislativa dello Stato, alla revisione delle disposizioni in materia di enti locali, per adeguarle alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

3. Gli schemi dei decreti legislativi di cui al comma 1, dopo l'acquisizione dei pareri del Consiglio di Stato e della Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, di seguito denominata "Conferenza unificata", da rendere entro trenta giorni dalla trasmissione degli schemi medesimi, sono trasmessi alle Camere per l'acquisizione del parere da parte delle competenti Commissioni parlamentari, da rendere entro quarantacinque giorni dall'assegnazione alle Commissioni medesime.

Acquisiti tali pareri, il Governo ritrasmette i testi, con le proprie osservazioni e con le eventuali modificazioni, alla Conferenza unificata e alle Camere per il parere definitivo, da rendere, rispettivamente, entro trenta e quarantacinque giorni dalla trasmissione dei testi medesimi.

4. Nell'attuazione della delega di cui ai commi 1 e 2, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) garantire il rispetto delle competenze legislative dello Stato e delle Regioni, l'autonomia e le competenze costituzionali degli enti territoriali ai sensi degli articoli 114, 117 e 118 della Costituzione, nonché la valorizzazione delle potestà statutaria e regolamentare dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane;

b) individuare le funzioni fondamentali dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane in modo da prevedere, anche al fine della tenuta e della coesione dell'ordinamento della Repubblica, per ciascun livello di governo locale, la titolarità di funzioni connaturate alle caratteristiche proprie di ciascun tipo di ente, essenziali e imprescindibili per il funzionamento dell'ente e per il soddisfacimento di bisogni primari delle comunità di riferimento, tenuto conto, in via prioritaria, per Comuni e Province, delle funzioni storicamente svolte;

c) valorizzare i principi di sussidiarietà, di adeguatezza e di differenziazione nella allocazione delle funzioni fondamentali in modo da assicurarne l'esercizio da parte del livello di ente locale che, per le caratteristiche dimensionali e strutturali, ne garantisca l'ottimale gestione anche mediante l'indicazione dei criteri per la gestione associata tra i Comuni;

d) prevedere strumenti che garantiscano il rispetto del principio di leale collaborazione tra i diversi livelli di governo locale nello svolgimento delle funzioni fondamentali che richiedono per il loro esercizio la partecipazione di più enti, allo scopo individuando specifiche forme di consultazione e di raccordo tra enti locali, Regioni e Stato;

e) attribuire all'autonomia statutaria degli enti locali la potestà di individuare sistemi di controllo interno, al fine di garantire il funzionamento dell'ente, secondo criteri di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa, nonché forme e modalità di intervento, secondo criteri di neutralità, di sussidiarietà e di adeguatezza, nei casi previsti dagli articoli 141, commi 2 e 8, 193,

comma 4, 243, comma 6, lettera b), 247 e 251 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267;

f) prevedere una disciplina di principi fondamentali idonea a garantire un ordinamento finanziario e contabile degli enti locali che consenta, sulla base di parametri obiettivi e uniformi, la rilevazione delle situazioni economiche e finanziarie degli enti locali ai fini della attivazione degli interventi previsti dall'articolo 119, terzo e quinto comma, della Costituzione, anche tenendo conto delle indicazioni dell'Alta Commissione di studio di cui all'articolo 3, comma 1, lettera b), della legge 27 dicembre 2002, n. 289;

g) procedere alla revisione delle disposizioni legislative sugli enti locali, comprese quelle contenute nel testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, limitatamente alle norme che contrastano con il sistema costituzionale degli enti locali definito dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, attraverso la modificazione, l'integrazione, la soppressione e il coordinamento formale delle disposizioni vigenti, anche al fine di assicurare la coerenza sistematica della normativa, l'aggiornamento e la semplificazione del linguaggio normativo;

h) adeguare i procedimenti di istituzione della Città metropolitana al disposto dell'articolo 114 della Costituzione, fermo restando il principio di partecipazione degli enti e delle popolazioni interessati;

i) individuare e disciplinare gli organi di governo delle Città metropolitane e il relativo sistema elettorale, secondo criteri di rappresentatività e democraticità che favoriscano la formazione di maggioranze stabili e assicurino la rappresentanza delle minoranze, anche tenendo conto di quanto stabilito per i Comuni e le Province;

l) definire la disciplina dei casi di ineleggibilità, di incompatibilità e di incandidabilità alle cariche elettive delle Città metropolitane anche tenendo conto di quanto stabilito in materia per gli amministratori di Comuni e Province;

m) mantenere ferme le disposizioni in vigore relative al controllo sugli organi degli enti locali, alla vigilanza sui servizi di competenza statale attribuiti al sindaco quale ufficiale del Governo, nonché, fatta salva la polizia amministrativa locale, ai procedimenti preordinati alla tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica nonché le disposizioni volte ad assicurare la conformità dell'attività amministrativa alla legge, allo statuto e ai regolamenti;

n) valorizzare le forme associative anche per la gestione dei servizi di competenza statale affidati ai comuni;

o) garantire il rispetto delle attribuzioni degli enti di autonomia funzionale;

p) indicare espressamente sia le norme implicitamente abrogate per effetto dell'entrata in vigore della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, sia quelle anche implicitamente abrogate da successive disposizioni;

q) rispettare i principi desumibili dalla giurisprudenza costituzionale e fare salve le competenze spettanti alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano.

5. La decorrenza dell'esercizio delle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane che, a seguito dell'adozione dei decreti legislativi di cui al comma 1, sono attribuite ad

un ente diverso da quello che le esercita alla data di entrata in vigore dei medesimi decreti legislativi, è stabilita dalle leggi che determinano i beni e le risorse finanziarie, umane, strumentali e organizzative da trasferire. A tale fine il Governo, in conformità ad accordi da definire in sede di Conferenza unificata, su proposta del Ministro dell'interno, di concerto con i Ministri per gli affari regionali, per le riforme istituzionali e la devoluzione e dell'economia e delle finanze, sentiti i Ministri interessati, presenta al Parlamento uno o più disegni di legge collegati, ai sensi dell'articolo 3, comma 4, della legge 5 agosto 1978, n. 468, e successive modificazioni, alla manovra finanziaria annuale, per il recepimento dei suddetti accordi. Ciascuno dei predetti disegni di legge è corredato della relazione tecnica con l'indicazione della quantificazione e della ripartizione dei beni e delle risorse finanziarie, umane, strumentali e organizzative, ai fini della valutazione della congruità tra i trasferimenti e gli oneri conseguenti all'espletamento delle funzioni conferite. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano fino alla data di entrata in vigore delle norme concernenti il nuovo sistema finanziario in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione.

6. Entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi di cui al comma 1, il Governo può emanare, nel rispetto dei principi e dei criteri direttivi indicati al comma 4, disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi medesimi.

7. I provvedimenti collegati di cui al comma 5 non possono comportare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

**Art. 3. (Testi unici delle disposizioni legislative vigenti non aventi carattere di principio fondamentale nelle materie di legislazione concorrente)**

1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 1, comma 2, primo periodo, il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi di cui all'articolo 1, uno o più decreti legislativi al fine di raccogliere in testi unici meramente compilativi le disposizioni legislative residue, per ambiti omogenei nelle materie di legislazione concorrente, apportandovi le sole modifiche, di carattere esclusivamente formale, necessarie ad assicurarne il coordinamento nonché la coerenza terminologica.

2. Gli schemi dei decreti legislativi di cui al comma 1, dopo l'acquisizione del parere della Conferenza Stato-Regioni, sono trasmessi alle Camere per il parere delle competenti Commissioni parlamentari e della Commissione parlamentare per le questioni regionali. Decorso trenta giorni dall'assegnazione, i decreti legislativi possono essere emanati anche in mancanza del parere parlamentare.

**Art. 4. (Attuazione dell'articolo 114, secondo comma, e dell'articolo 117, sesto comma, della Costituzione in materia di potestà normativa degli enti locali)**

1. I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà normativa secondo i principi fissati dalla Costituzione. La potestà normativa consiste nella potestà statutaria e in quella regolamentare.

2. Lo statuto, in armonia con la Costituzione e con i principi generali in materia di organizzazione pubblica, nel rispetto di quanto stabilito dalla legge statale in attuazione dell'articolo



117, secondo comma, lettera p), della Costituzione, stabilisce i principi di organizzazione e funzionamento dell'ente, le forme di controllo, anche sostitutivo, nonché le garanzie delle minoranze e le forme di partecipazione popolare.

3. L'organizzazione degli enti locali è disciplinata dai regolamenti nel rispetto delle norme statutarie.

4. La disciplina dell'organizzazione, dello svolgimento e della gestione delle funzioni dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane è riservata alla potestà regolamentare dell'ente locale, nell'ambito della legislazione dello Stato o della Regione, che ne assicura i requisiti minimi di uniformità, secondo le rispettive competenze, conformemente a quanto previsto dagli articoli 114, 117, sesto comma, e 118 della Costituzione.

5. Il potere normativo è esercitato anche dalle unioni di Comuni, dalle Comunità montane e isolane.

6. Fino all'adozione dei regolamenti degli enti locali, si applicano le vigenti norme statali e regionali, fermo restando quanto previsto dal presente articolo.

**Art. 5. (Attuazione dell'articolo 117, quinto comma, della Costituzione sulla partecipazione delle regioni in materia comunitaria)**

1. Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano concorrono direttamente, nelle materie di loro competenza legislativa, alla formazione degli atti comunitari, partecipando, nell'ambito delle delegazioni del Governo, alle attività del Consiglio e dei gruppi di lavoro e dei comitati del Consiglio e della Commissione europea, secondo modalità da concordare in sede di Conferenza Stato-Regioni che tengano conto della particolarità delle autonomie speciali e, comunque, garantendo l'unitarietà della rappresentazione della posizione italiana da parte del Capo delegazione designato dal Governo. Nelle delegazioni del Governo deve essere prevista la partecipazione di almeno un rappresentante delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e di Bolzano. Nelle materie che spettano alle Regioni ai sensi dell'articolo 117, quarto comma, della Costituzione, il Capo delegazione, che può essere anche un Presidente di Giunta regionale o di Provincia autonoma, è designato dal Governo sulla base di criteri e procedure determinati con un accordo generale di cooperazione tra Governo, Regioni a statuto ordinario e a statuto speciale stipulato in sede di Conferenza Stato-Regioni. In attesa o in mancanza di tale accordo, il Capo delegazione è designato dal Governo. Dall'attuazione del presente articolo non possono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

2. Nelle materie di competenza legislativa delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano, il Governo può proporre ricorso dinanzi alla Corte di giustizia delle Comunità europee avverso gli atti normativi comunitari ritenuti illegittimi anche su richiesta di una delle Regioni o delle Province autonome. Il Governo è tenuto a proporre tale ricorso qualora esso sia richiesto dalla Conferenza Stato-Regioni a maggioranza assoluta delle Regioni e delle Province autonome.

**Art. 6. (Attuazione dell'articolo 117, quinto e nono comma, della Costituzione sull'attività internazionale delle regioni)**

1. Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di propria competenza legislativa, provvedono direttamente all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali ratificati, dandone preventiva comunicazione al Ministero degli affari esteri ed alla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento per gli affari regionali, i quali, nei successivi trenta giorni dal relativo ricevimento, possono formulare criteri e osservazioni. In caso di inadempienza, ferma restando la responsabilità delle Regioni verso lo Stato, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 8, commi 1, 4 e 5, in quanto compatibili.

2. Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di propria competenza legislativa, possono concludere, con enti territoriali interni ad altro Stato, intese dirette a favorire il loro sviluppo economico, sociale e culturale, nonché a realizzare attività di mero rilievo internazionale, dandone comunicazione prima della firma alla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento per gli affari regionali ed al Ministero degli affari esteri, ai fini delle eventuali osservazioni di questi ultimi e dei Ministeri competenti, da far pervenire a cura del Dipartimento medesimo entro i successivi trenta giorni, decorsi i quali le Regioni e le Province autonome possono sottoscrivere l'intesa. Con gli atti relativi alle attività sopra indicate, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano non possono esprimere valutazioni relative alla politica estera dello Stato, né possono assumere impegni dai quali derivino obblighi od oneri finanziari per lo Stato o che ledano gli interessi degli altri soggetti di cui all'articolo 114, primo comma, della Costituzione.

3. Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di propria competenza legislativa, possono, altresì, concludere con altri Stati accordi esecutivi ed applicativi di accordi internazionali regolarmente entrati in vigore, o accordi di natura tecnico-amministrativa, o accordi di natura programmatica finalizzati a favorire il loro sviluppo economico, sociale e culturale, nel rispetto della Costituzione, dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, dagli obblighi internazionali e dalle linee e dagli indirizzi di politica estera italiana, nonché, nelle materie di cui all'articolo 117, terzo comma, della Costituzione, dei principi fondamentali dettati dalle leggi dello Stato. A tale fine ogni Regione o Provincia autonoma dà tempestiva comunicazione delle trattative al Ministero degli affari esteri ed alla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento per gli affari regionali, che ne danno a loro volta comunicazione ai Ministeri competenti. Il Ministero degli affari esteri può indicare principi e criteri da seguire nella conduzione dei negoziati; qualora questi ultimi si svolgano all'estero, le competenti rappresentanze diplomatiche e i competenti uffici consolari italiani, previa intesa con la Regione o con la Provincia autonoma, collaborano alla conduzione delle trattative. La Regione o la Provincia autonoma, prima di sottoscrivere l'accordo, comunica il relativo progetto al Ministero degli affari esteri, il quale, sentita la Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento per gli affari regionali, ed accertata l'opportunità politica e la legittimità dell'accordo, ai sensi del presente comma, conferisce i pieni poteri di firma previsti dalle norme del diritto internazionale generale e dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969, ratificata ai sensi della legge 12 febbraio 1974, n. 112. Gli accordi sottoscritti in assenza del conferimento di pieni poteri sono nulli.

4. Agli accordi stipulati dalle Regioni e dalle Province autonome di Trento e di Bolzano è data pubblicità in base alla legislazione vigente.

5. Il Ministro degli affari esteri può, in qualsiasi momento, rappresentare alla Regione o alla Provincia autonoma interessata questioni di opportunità inerenti alle attività di cui ai commi da 1 a 3 e derivanti dalle scelte e dagli indirizzi di politica estera dello Stato e, in caso di dissenso, sentita la Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento per gli affari regionali, chiedere che la questione sia portata in Consiglio dei ministri che, con l'intervento del Presidente della Giunta regionale o provinciale interessato, delibera sulla questione.

6. In caso di violazione degli accordi di cui al comma 3, ferma restando la responsabilità delle Regioni verso lo Stato, si applicano le disposizioni dell'articolo 8, commi 1, 4 e 5, in quanto compatibili.

7. Resta fermo che i Comuni, le Province e le Città metropolitane continuano a svolgere attività di mero rilievo internazionale nelle materie loro attribuite, secondo l'ordinamento vigente, comunicando alle Regioni competenti ed alle amministrazioni di cui al comma 2 ogni iniziativa.

**Art. 7. (Attuazione dell'articolo 118 della Costituzione in materia di esercizio delle funzioni amministrative)**

1. Lo Stato e le Regioni, secondo le rispettive competenze, provvedono a conferire le funzioni amministrative da loro esercitate alla data di entrata in vigore della presente legge, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, attribuendo a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato soltanto quelle di cui occorra assicurare l'unitarietà di esercizio, per motivi di buon andamento, efficienza o efficacia dell'azione amministrativa ovvero per motivi funzionali o economici o per esigenze di programmazione o di omogeneità territoriale, nel rispetto, anche ai fini dell'assegnazione di ulteriori funzioni, delle attribuzioni degli enti di autonomia funzionale, anche nei settori della promozione dello sviluppo economico e della gestione dei servizi. Stato, Regioni, Città metropolitane, Province, Comuni e Comunità montane favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà. In ogni caso, quando sono impiegate risorse pubbliche, si applica l'articolo 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Tutte le altre funzioni amministrative non diversamente attribuite spettano ai Comuni, che le esercitano in forma singola o associata, anche mediante le Comunità montane e le unioni dei Comuni.

2. Per le finalità di cui al comma 1, e comunque ai fini del trasferimento delle occorrenti risorse, sulla base degli accordi con le Regioni e le autonomie locali, da concludere in sede di Conferenza unificata, diretti in particolare all'individuazione dei beni e delle risorse finanziarie, umane, strumentali e organizzative necessarie per l'esercizio delle funzioni e dei compiti da conferire, il Governo, su proposta del Ministro per gli affari regionali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentiti i Ministri interessati, presenta al Parlamento uno o più disegni di legge collegati, ai sensi dell'articolo 3, comma 4, della legge 5 agosto 1978, n. 468, e successive modificazioni, alla manovra finanziaria annuale, per il recepimento dei suddetti accordi. Ciascuno dei predetti disegni di legge deve essere corredato da idonea relazione tecnica e non deve recare oneri aggiuntivi a carico

della finanza pubblica. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano fino alla data di entrata in vigore delle norme relative al nuovo sistema finanziario in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione.

3. Sulla base dei medesimi accordi e nelle more dell'approvazione dei disegni di legge di cui al comma 2, lo Stato può avviare i trasferimenti dei suddetti beni e risorse secondo principi di invarianza di spesa e con le modalità previste al numero 4) del punto II dell'Accordo del 20 giugno 2002, recante intesa interistituzionale tra Stato, regioni ed enti locali, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 159 del 9 luglio 2002. A tale fine si provvede mediante uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, tenendo conto delle previsioni di spesa risultanti dal bilancio dello Stato e del patto di stabilità. Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 3, 7, commi 8, 9, 10 e 11, e 8 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112. Gli schemi di decreto, ciascuno dei quali deve essere corredato di idonea relazione tecnica, sono trasmessi alle Camere per l'acquisizione del parere da parte delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per le conseguenze di carattere finanziario, da rendere entro trenta giorni dall'assegnazione.

4. Le Commissioni possono chiedere ai Presidenti delle Camere una proroga di venti giorni per l'espressione del parere, qualora ciò si renda necessario per la complessità della materia o per il numero degli schemi di decreto trasmessi nello stesso periodo all'esame delle Commissioni. Qualora sia concessa, ai sensi del presente comma, la proroga del termine per l'espressione del parere, i termini per l'adozione dei decreti sono prorogati di venti giorni. Decorso il termine di cui al comma 3, ovvero quello prorogato ai sensi del presente comma, senza che le Commissioni abbiano espresso i pareri di rispettiva competenza, i decreti possono comunque essere adottati. I decreti sono adottati con il concerto del Ministro dell'economia e delle finanze e devono conformarsi ai pareri delle Commissioni parlamentari competenti per le conseguenze di carattere finanziario nelle parti in cui essi formulano identiche condizioni.

5. Nell'adozione dei decreti, si tiene conto delle indicazioni contenute nel Documento di programmazione economico-finanziaria, come approvato dalle risoluzioni parlamentari. Dalla data di entrata in vigore dei suddetti decreti o da quella diversa indicata negli stessi, le Regioni o gli enti locali possono provvedere all'esercizio delle funzioni relative ai beni e alle risorse trasferite. Tali decreti si applicano fino alla data di entrata in vigore delle leggi di cui al comma 2.

6. Fino alla data di entrata in vigore dei provvedimenti previsti dal presente articolo, le funzioni amministrative continuano ad essere esercitate secondo le attribuzioni stabilite dalle disposizioni vigenti, fatti salvi gli effetti di eventuali pronunce della Corte costituzionale.

7. La Corte dei conti, ai fini del coordinamento della finanza pubblica, verifica il rispetto degli equilibri di bilancio da parte di Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni, in relazione al patto di stabilità interno ed ai vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea. Le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti verificano, nel rispetto della natura collaborativa del controllo sulla gestione, il perseguimento degli obiettivi posti dalle leggi statali o regionali di principio e di programma, secondo la rispettiva competenza, nonché la sana gestione finanziaria degli enti locali ed il funzionamento dei controlli interni e riferiscono sugli esiti delle verifiche esclusivamente ai consigli degli enti controllati. Resta ferma la potestà delle Regioni a statuto speciale, nell'esercizio della loro

competenza, di adottare particolari discipline nel rispetto delle suddette finalità. Per la determinazione dei parametri di gestione relativa al controllo interno, la Corte dei conti si avvale anche degli studi condotti in materia dal Ministero dell'interno.

8. Le Regioni possono richiedere ulteriori forme di collaborazione alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti ai fini della regolare gestione finanziaria e dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, nonché pareri in materia di contabilità pubblica. Analoghe richieste possono essere formulate, di norma tramite il Consiglio delle autonomie locali, se istituito, anche da Comuni, Province e Città metropolitane.

9. Le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti possono essere integrate, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, da due componenti designati, salvo diversa previsione dello statuto della Regione, rispettivamente dal Consiglio regionale e dal Consiglio delle autonomie locali oppure, ove tale organo non sia stato istituito, dal Presidente del Consiglio regionale su indicazione delle associazioni rappresentative dei Comuni e delle Province a livello regionale. I predetti componenti sono scelti tra persone che, per gli studi compiuti e le esperienze professionali acquisite, sono particolarmente esperte nelle materie aziendalistiche, economiche, finanziarie, giuridiche e contabili; i medesimi durano in carica cinque anni e non sono riconfermabili. Lo status dei predetti componenti è equiparato a tutti gli effetti, per la durata dell'incarico, a quello dei consiglieri della Corte dei conti, con oneri finanziari a carico della Regione. La nomina è effettuata con decreto del Presidente della Repubblica, con le modalità previste dal secondo comma dell'articolo unico del decreto del Presidente della Repubblica 8 luglio 1977, n. 385. Nella prima applicazione delle disposizioni di cui al presente comma e ai commi 7 e 8, ciascuna sezione regionale di controllo, previa intese con la Regione, può avvalersi di personale della Regione sino ad un massimo di dieci unità, il cui trattamento economico resta a carico dell'amministrazione di appartenenza. Possono essere utilizzati a tal fine, con oneri a carico della Regione, anche segretari comunali e provinciali del ruolo unico previsto dal testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, previa intese con l'Agenzia autonoma per la gestione dell'albo dei segretari comunali e provinciali o con le sue sezioni regionali.

#### **Art. 8. (Attuazione dell'articolo 120 della Costituzione sul potere sostitutivo)**

1. Nei casi e per le finalità previsti dall'articolo 120, secondo comma, della Costituzione, il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente per materia, anche su iniziativa delle Regioni o degli enti locali, assegna all'ente interessato un congruo termine per adottare i provvedimenti dovuti o necessari; decorso inutilmente tale termine, il Consiglio dei ministri, sentito l'organo interessato, su proposta del Ministro competente o del Presidente del Consiglio dei ministri, adotta i provvedimenti necessari, anche normativi, ovvero nomina un apposito commissario. Alla riunione del Consiglio dei ministri partecipa il Presidente della Giunta regionale della Regione interessata al provvedimento.

2. Qualora l'esercizio del potere sostitutivo si renda necessario al fine di porre rimedio alla violazione della normativa comunitaria, gli atti ed i provvedimenti di cui al comma 1 sono adottati su

proposta del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro per le politiche comunitarie e del Ministro competente per materia. L'articolo 11 della legge 9 marzo 1989, n. 86, è abrogato.

3. Fatte salve le competenze delle Regioni a statuto speciale, qualora l'esercizio dei poteri sostitutivi riguardi Comuni, Province o Città metropolitane, la nomina del commissario deve tenere conto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione. Il commissario provvede, sentito il Consiglio delle autonomie locali qualora tale organo sia stato istituito.

4. Nei casi di assoluta urgenza, qualora l'intervento sostitutivo non sia procrastinabile senza mettere in pericolo le finalità tutelate dall'articolo 120 della Costituzione, il Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente, anche su iniziativa delle Regioni o degli enti locali, adotta i provvedimenti necessari, che sono immediatamente comunicati alla Conferenza Stato-Regioni o alla Conferenza Stato-Città e autonomie locali, allargata ai rappresentanti delle Comunità montane, che possono chiederne il riesame.

5. I provvedimenti sostitutivi devono essere proporzionati alle finalità perseguite.

6. Il Governo può promuovere la stipula di intese in sede di Conferenza Stato-Regioni o di Conferenza unificata, dirette a favorire l'armonizzazione delle rispettive legislazioni o il raggiungimento di posizioni unitarie o il conseguimento di obiettivi comuni; in tale caso è esclusa l'applicazione dei commi 3 e 4 dell'articolo 3 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281. Nelle materie di cui all'articolo 117, terzo e quarto comma, della Costituzione non possono essere adottati gli atti di indirizzo e di coordinamento di cui all'articolo 8 della legge 15 marzo 1997, n. 59, e all'articolo 4 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112.

**Art. 9. (Attuazione degli articoli 123, secondo comma, e 127 della Costituzione, in materia di ricorsi alla Corte costituzionale)**

1. L'articolo 31 della legge 11 marzo 1953, n. 87, è sostituito dal seguente: "Art. 31. - 1. La questione di legittimità costituzionale di uno statuto regionale può, a norma del secondo comma dell'articolo 123 della Costituzione, essere promossa entro il termine di trenta giorni dalla pubblicazione. 2. Ferma restando la particolare forma di controllo delle leggi prevista dallo statuto speciale della Regione siciliana, il Governo, quando ritenga che una legge regionale ecceda la competenza della Regione, può promuovere, ai sensi dell'articolo 127, primo comma, della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale della legge regionale dinanzi alla Corte costituzionale entro sessanta giorni dalla pubblicazione. 3. La questione di legittimità costituzionale è sollevata, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, anche su proposta della Conferenza Stato-Città e autonomie locali, dal Presidente del Consiglio dei ministri mediante ricorso diretto alla Corte costituzionale e notificato, entro i termini previsti dal presente articolo, al Presidente della Giunta regionale. 4. Il ricorso deve essere depositato nella cancelleria della Corte costituzionale entro il termine di dieci giorni dalla notificazione."

2. Il secondo comma dell'articolo 32 della legge 11 marzo 1953, n. 87, è sostituito dal seguente: "La questione di legittimità costituzionale, previa deliberazione della Giunta regionale, anche su proposta del Consiglio delle autonomie locali, è promossa dal Presidente della Giunta

mediante ricorso diretto alla Corte costituzionale e notificato al Presidente del Consiglio dei ministri entro il termine di sessanta giorni dalla pubblicazione della legge o dell'atto impugnati".

3. Al primo comma dell'articolo 33 della legge 11 marzo 1953, n. 87, le parole: "dell'articolo 2, secondo comma, della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1" sono sostituite dalle seguenti: "dell'articolo 127, secondo comma, della Costituzione".

4. L'articolo 35 della legge 11 marzo 1953, n. 87, è sostituito dal seguente: "Art. 35. - 1. Quando è promossa una questione di legittimità costituzionale ai sensi degli articoli 31, 32 e 33, la Corte costituzionale fissa l'udienza di discussione del ricorso entro novanta giorni dal deposito dello stesso. Qualora la Corte ritenga che l'esecuzione dell'atto impugnato o di parti di esso possa comportare il rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico della Repubblica, ovvero il rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini, trascorso il termine di cui all'articolo 25, d'ufficio può adottare i provvedimenti di cui all'articolo 40. In tal caso l'udienza di discussione è fissata entro i successivi trenta giorni e il dispositivo della sentenza è depositato entro quindici giorni dall'udienza di discussione."

5. Le Regioni assicurano la pronta reperibilità degli atti recanti la pubblicazione ufficiale degli statuti e delle leggi regionali.

6. Nei ricorsi per conflitto di attribuzione tra Stato e Regione e tra Regione e Regione, di cui agli articoli da 39 a 42 della legge 11 marzo 1953, n. 87, proposti anteriormente alla data dell'8 novembre 2001, il ricorrente deve chiedere la trattazione del ricorso, con istanza diretta alla Corte costituzionale e notificata alle altre parti costituite, entro quattro mesi dal ricevimento della comunicazione di pendenza del procedimento effettuata a cura della cancelleria della Corte costituzionale; in difetto di tale istanza, il ricorso si considera abbandonato ed è dichiarato estinto con decreto del Presidente.

#### **Art. 10. (Rappresentante dello Stato per i rapporti con il sistema delle autonomie)**

1. In ogni Regione a statuto ordinario il prefetto preposto all'ufficio territoriale del Governo avente sede nel capoluogo della Regione svolge le funzioni di rappresentante dello Stato per i rapporti con il sistema delle autonomie.

2. Nell'esercizio delle funzioni di cui al comma 1, il rappresentante dello Stato cura in sede regionale:

a) le attività dirette ad assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione tra Stato e Regione, nonché il raccordo tra le istituzioni dello Stato presenti sul territorio, anche attraverso le conferenze di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, al fine di garantire la rispondenza dell'azione amministrativa all'interesse generale, il miglioramento della qualità dei servizi resi al cittadino e di favorire e rendere più agevole il rapporto con il sistema delle autonomie;

b) la tempestiva informazione alla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento per gli affari regionali e ai Ministeri interessati degli statuti regionali e delle leggi regionali, per le finalità di cui agli articoli 123 e 127 della Costituzione, e degli atti amministrativi regionali, agli effetti dell'articolo 134 della Costituzione, nonché il tempestivo invio dei medesimi atti all'ufficio dell'Avvocatura dello Stato avente sede nel capoluogo;

c) la promozione dell'attuazione delle intese e del coordinamento tra Stato e Regione previsti da leggi statali nelle materie indicate dall'articolo 118, terzo comma, della Costituzione, nonché delle misure di coordinamento tra Stato e autonomie locali, di cui all'articolo 9, comma 5, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281;

d) l'esecuzione di provvedimenti del Consiglio dei ministri costituenti esercizio del potere sostitutivo di cui all'articolo 120, secondo comma, della Costituzione, avvalendosi degli uffici territoriali del Governo e degli altri uffici statali aventi sede nel territorio regionale;

e) la verifica dell'interscambio di dati e informazioni rilevanti sull'attività statale, regionale e degli enti locali, di cui all'articolo 6 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, riferendone anche al Ministro per l'innovazione e le tecnologie;

f) l'indizione delle elezioni regionali e la determinazione dei seggi consiliari e l'assegnazione di essi alle singole circoscrizioni, nonché l'adozione dei provvedimenti connessi o conseguenti, fino alla data di entrata in vigore di diversa previsione contenuta negli statuti e nelle leggi regionali;

g) la raccolta delle notizie utili allo svolgimento delle funzioni degli organi statali, costituendo il tramite per la reciproca informazione nei rapporti con le autorità regionali; la fornitura di dati e di elementi per la redazione della Relazione annuale sullo stato della pubblica amministrazione; la raccolta e lo scambio dei dati di rilevanza statistica, da effettuarsi secondo gli standard e le metodologie definiti dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) e avvalendosi anche dei suoi uffici regionali, d'intesa con lo stesso.

3. Nell'esercizio delle funzioni di cui al presente articolo il rappresentante dello Stato si avvale a tale fine delle strutture e del personale dell'ufficio territoriale del Governo.

4. Ai fini del presente articolo e per l'espletamento delle funzioni previste dall'articolo 1, comma 2, lettere e), f) e g), del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 17 maggio 2001, n. 287, i segretari comunali e provinciali che, alla data di entrata in vigore della presente legge, sono inseriti nella graduatoria di cui all'articolo 18, comma 9, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 4 dicembre 1997, n. 465, come modificato dall'articolo 7, comma 3, della legge 16 gennaio 2003, n. 3, e che hanno presentato istanza di mobilità per gli uffici territoriali del Governo, sono assegnati, nel limite dei posti disponibili, agli stessi uffici, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministro dell'interno, con il Ministro per gli affari regionali e con gli altri Ministri interessati, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge. Restano ferme le disposizioni previste dal decreto legislativo 19 maggio 2000, n. 139, e dai relativi decreti di attuazione.

5. Nelle Regioni a statuto speciale le funzioni del rappresentante dello Stato ai fini della lettera d) del comma 2 sono svolte dagli organi statali a competenza regionale previsti dai rispettivi statuti, con le modalità definite da apposite norme di attuazione.

6. Ai commissariati del Governo di Trento e di Bolzano si applicano le disposizioni del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 17 maggio 2001, n. 287, compatibilmente con lo statuto speciale di autonomia e con le relative norme di attuazione.



7. Il provvedimento di preposizione all'ufficio territoriale del Governo del capoluogo di Regione è adottato con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'interno, d'intesa con il Ministro per gli affari regionali.

8. All'articolo 4, comma 3, del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 303, le parole da: "autonomie locali" fino alla fine del comma sono sostituite dalle seguenti: "autonomie locali, nonché dell'ufficio per il federalismo amministrativo, nel quale confluisce il personale addetto alla struttura di supporto del Commissario straordinario del Governo per l'attuazione del federalismo amministrativo, mantenendo il proprio stato giuridico; si avvale altresì, sul territorio, dei rappresentanti dello Stato nelle Regioni, che dipendono funzionalmente dal Presidente del Consiglio dei ministri".

9. All'articolo 11 della legge 10 febbraio 1953, n. 62, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) il primo comma è sostituito dal seguente: "Le leggi regionali sono promulgate dal Presidente della Giunta. Il testo è preceduto dalla formula: "Il Consiglio regionale ha approvato. Il Presidente della Giunta regionale promulga"";

b) i commi secondo e terzo sono abrogati;

c) la rubrica è sostituita dalla seguente: "Promulgazione delle leggi regionali".

10. Sono abrogati: gli articoli 40, 43 e 44 della legge 10 febbraio 1953, n. 62; l'articolo 4, secondo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616; l'articolo 13 della legge 23 agosto 1988, n. 400, ad eccezione del comma 3; l'articolo 3 del decreto legislativo 13 febbraio 1993, n. 40; l'articolo 11, comma 3, del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300.

11. Nelle norme dell'ordinamento giuridico, compatibili con le disposizioni della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, il riferimento al commissario del Governo è da intendersi al prefetto titolare dell'ufficio territoriale del Governo del capoluogo di Regione quale rappresentante dello Stato. Il presente comma comunque non concerne le norme compatibili con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, aventi ad oggetto le Regioni a statuto speciale.

#### **Art. 11. (Attuazione dell'articolo 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3)**

1. Per le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e di Bolzano resta fermo quanto previsto dai rispettivi statuti speciali e dalle relative norme di attuazione, nonché dall'articolo 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

2. Le Commissioni paritetiche previste dagli statuti delle Regioni a statuto speciale, in relazione alle ulteriori materie spettanti alla loro potestà legislativa ai sensi dell'articolo 10 della citata legge costituzionale n. 3 del 2001, possono proporre l'adozione delle norme di attuazione per il trasferimento dei beni e delle risorse strumentali, finanziarie, umane e organizzative, occorrenti all'esercizio delle ulteriori funzioni amministrative.

3. Le norme di attuazione di cui al comma 2 possono prevedere altresì disposizioni specifiche per la disciplina delle attività regionali di competenza in materia di rapporti internazionali e comunitari.

**Art. 12. (Entrata in vigore)**

1. La presente legge entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale. La presente legge, munita del sigillo dello Stato, sarà inserita nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarla e di farla osservare come legge dello Stato.

**Lavori Preparatori**

LAVORI PREPARATORI Senato della Repubblica (atto n. 1545): Presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri (Berlusconi) e dal Ministro senza portafoglio per gli affari regionali (La Loggia) il 26 giugno 2002. Assegnato alla 1 commissione (Affari regionali), in sede referente, il 9 luglio 2002 con pareri delle commissioni 2 , 3 , 5 , 7 , 8 , della Giunta per gli affari delle Comunità europee e della Commissione parlamentare per le questioni regionali. Esaminato dalla 1 commissione il 24, 30 luglio 2002; 25 settembre 2002; 2, 3, 22, 24 ottobre 2002; 5, 7 e 12 novembre 2002. Relazione scritta annunciata il 20 novembre 2002 (atto n. 1545/A - relatore sen.ri Pastore e Magnalbo). Esaminato in aula il 22 gennaio 2003 e approvato il 23 gennaio 2003. Camera dei deputati (atto n. 3590): Assegnato alla I commissione (Affari costituzionali), in sede referente, il 28 gennaio 2003 con pareri delle commissioni II, III, V, XI, XIV e parlamentare per le questioni regionali. Esaminato dalla I commissione l'11, 12, 13, 18, 19, 20, 25, 26, e 27 febbraio 2003; 5, 6, 13, 18 e 20 marzo 2003. Relazione scritta presentata il 20 marzo 2003 (atto n. 3590/A - relatore on. Cristaldi). Esaminato in aula il 24, 27 marzo 2003; 16, 28 aprile 2003 e approvato con modificazioni il 29 aprile 2003. Senato della Repubblica (atto n. 1545-B): Assegnato alla 1 commissione (Affari costituzionali), in sede referente, il 6 maggio 2003 con pareri delle commissioni 5 , 6 , Giunta per gli affari delle Comunità europee e della Commissione parlamentare per le questioni regionali. Esaminato dalla 1 commissione l'8, 13, 14 e 15 maggio 2003. Esaminato in aula il 15 maggio 2003 e approvato il 27 maggio 2003.

Data a Roma, addì 5 giugno 2003

CIAMPI

Berlusconi, Presidente del Consiglio dei Ministri

La Loggia, Ministro per gli affari regionali

Visto, il Guardasigilli: Castelli

**Legge 23 dicembre 2005, n. 266**

"Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2006 )" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 302 del 29 dicembre 2005 - Supplemento ordinario n. 211

---

**Art. 1.**

1. Per l'anno 2006, il livello massimo del saldo netto da finanziare resta determinato in termini di competenza in 41.000 milioni di euro, al netto di 7.077 milioni di euro per regolazioni debitorie. Tenuto conto delle operazioni di rimborso di prestiti, il livello massimo del ricorso al mercato finanziario di cui all'articolo 11 della legge 5 agosto 1978, n. 468, e successive modificazioni, ivi compreso l'indebitamento all'estero per un importo complessivo non superiore a 2.000 milioni di euro relativo ad interventi non considerati nel bilancio di previsione per il 2006, resta fissato, in termini di competenza, in 244.000 milioni di euro per l'anno finanziario 2006.

2. Per gli anni 2007 e 2008 il livello massimo del saldo netto da finanziare del bilancio pluriennale a legislazione vigente, tenuto conto degli effetti della presente legge, è determinato, rispettivamente, in 31.700 milioni di euro ed in 20.800 milioni di euro, al netto di 3.176 milioni di euro per l'anno 2007 e 3.150 milioni di euro per l'anno 2008, per le regolazioni debitorie; il livello massimo del ricorso al mercato è determinato, rispettivamente, in 225.000 milioni di euro ed in 210.000 milioni di euro. Per il bilancio programmatico degli anni 2007 e 2008, il livello massimo del saldo netto da finanziare è determinato, rispettivamente, in 48.300 milioni di euro ed in 39.700 milioni di euro ed il livello massimo del ricorso al mercato è determinato, rispettivamente, in 237.000 milioni di euro ed in 226.000 milioni di euro.

3. I livelli del ricorso al mercato di cui ai commi 1 e 2 si intendono al netto delle operazioni effettuate al fine di rimborsare prima della scadenza o ristrutturare passività preesistenti con ammortamento a carico dello Stato.

4. Per ciascuno degli anni 2006, 2007 e 2008, le maggiori entrate rispetto alle previsioni derivanti dalla normativa vigente sono interamente utilizzate per la riduzione del saldo netto da finanziare, salvo che si tratti di assicurare la copertura finanziaria di interventi urgenti ed imprevisi necessari per fronteggiare calamità naturali, improrogabili esigenze connesse con la tutela della sicurezza del Paese, situazioni di emergenza economico-finanziaria ovvero riduzioni della pressione fiscale finalizzate al conseguimento degli obiettivi indicati nel Documento di programmazione economico-finanziaria.

5. A decorrere dall'anno finanziario 2006, i maggiori proventi derivanti dalla dismissione o alienazione del patrimonio immobiliare dello Stato sono destinati alla riduzione del debito. A questo fine i relativi proventi sono conferiti al Fondo di ammortamento del debito pubblico di cui all'articolo 2 della legge 27 ottobre 1993, n. 432. L'eventuale diversa destinazione di quota parte di tali proventi resta subordinata alla previa verifica con la Commissione europea della compatibilità con gli obiettivi indicati nell'aggiornamento del programma di stabilità e crescita presentato all'Unione europea.

6. A decorrere dall'anno 2006 le dotazioni delle unità previsionali di base degli stati di previsione dei Ministeri, concernenti spese per consumi intermedi, escluso il comparto della sicurezza

pubblica e del soccorso, sono rideterminate secondo gli importi indicati nell'elenco 1 allegato alla presente legge. I conseguenti adeguamenti degli stanziamenti sono operati, in maniera lineare, sulle spese non aventi natura obbligatoria.

7. Al fine di agevolare il perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, a decorrere dall'esercizio finanziario 2006, le amministrazioni dello Stato, escluso il comparto della sicurezza e del soccorso, possono assumere mensilmente impegni per importi non superiori ad un dodicesimo della spesa prevista da ciascuna unità previsionale di base, con esclusione delle spese per stipendi, retribuzioni, pensioni e altre spese fisse o aventi natura obbligatoria ovvero non frazionabili in dodicesimi, nonchè per interessi, poste correttive e compensative delle entrate, comprese le regolazioni contabili, accordi internazionali, obblighi derivanti dalla normativa comunitaria, annualità relative ai limiti di impegno e rate di ammortamento mutui. La violazione del divieto di cui al presente comma rileva agli effetti della responsabilità contabile.

8. Per assicurare la necessaria flessibilità del bilancio, resta comunque ferma la possibilità di disporre variazioni compensative ai sensi della vigente normativa, e, in particolare, dell'articolo 2, comma 4-quinquies, della legge 5 agosto 1978, n. 468, e successive modificazioni, e dell'articolo 3, comma 5, del decreto legislativo 7 agosto 1997, n. 279.

9. Fermo quanto stabilito dall'articolo 1, comma 11, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, la spesa annua per studi ed incarichi di consulenza conferiti a soggetti estranei all'amministrazione, sostenuta dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, esclusi le università, gli enti di ricerca e gli organismi equiparati, a decorrere dall'anno 2006, non potrà essere superiore al 50 per cento di quella sostenuta nell'anno 2004.

10. A decorrere dall'anno 2006 le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, non possono effettuare spese per relazioni pubbliche, convegni, mostre, pubblicità e di rappresentanza, per un ammontare superiore al 50 per cento della spesa sostenuta nell'anno 2004 per le medesime finalità.

[...]

166. Ai fini della tutela dell'unità economica della Repubblica e del coordinamento della finanza pubblica, gli organi degli enti locali di revisione economico-finanziaria trasmettono alle competenti sezioni regionali di controllo della Corte dei conti una relazione sul bilancio di previsione dell'esercizio di competenza e sul rendiconto dell'esercizio medesimo.

167. La Corte dei conti definisce unitariamente criteri e linee guida cui debbono attenersi gli organi degli enti locali di revisione economico-finanziaria nella predisposizione della relazione di cui al comma 166, che, in ogni caso, deve dare conto del rispetto degli obiettivi annuali posti dal patto di stabilità interno, dell'osservanza del vincolo previsto in materia di indebitamento dall'articolo 119, ultimo comma, della Costituzione, e di ogni grave irregolarità contabile e finanziaria in ordine alle quali l'amministrazione non abbia adottato le misure correttive segnalate dall'organo di revisione.

168. Le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, qualora accertino, anche sulla base delle relazioni di cui al comma 166, comportamenti difforni dalla sana gestione finanziaria o il mancato rispetto degli obiettivi posti con il patto, adottano specifica pronuncia e vigilano sull'adozione

da parte dell'ente locale delle necessarie misure correttive e sul rispetto dei vincoli e limitazioni posti in caso di mancato rispetto delle regole del patto di stabilità interno.

169. Per l'esercizio dei compiti di cui ai commi 166, 167 e 168, la Corte dei conti può avvalersi della collaborazione di esperti anche estranei alla pubblica amministrazione, sino ad un massimo di dieci unità, particolarmente qualificati nelle materie economiche, finanziarie e statistiche, nonché, per le esigenze delle sezioni regionali di controllo e sino al completamento delle procedure concorsuali di cui al comma 175, di personale degli enti locali, fino ad un massimo di cinquanta unità, in possesso di laurea in scienze economiche ovvero di diploma di ragioniere e perito commerciale, collocato in posizione di fuori ruolo o di comando.

[...]

605. Gli importi da iscrivere in bilancio in relazione alle autorizzazioni di spesa recate da leggi a carattere pluriennale restano determinati, per ciascuno degli anni 2006, 2007 e 2008, nelle misure indicate nella Tabella F allegata alla presente legge.

606. A valere sulle autorizzazioni di spesa in conto capitale recate da leggi a carattere pluriennale, riportate nella Tabella F, le amministrazioni e gli enti pubblici possono assumere impegni nell'anno 2006, a carico di esercizi futuri nei limiti massimi di impegnabilità indicati per ciascuna disposizione legislativa in apposita colonna della stessa Tabella, ivi compresi gli impegni già assunti nei precedenti esercizi a valere sulle autorizzazioni medesime.

607. In applicazione dell'articolo 11, comma 3, lettera i-quater), della legge 5 agosto 1978, n. 468, le misure correttive degli effetti finanziari di leggi di spesa sono indicate nell'allegato 1 alla presente legge.

608. In applicazione dell'articolo 46, comma 4, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, le autorizzazioni di spesa e i relativi stanziamenti confluiti nei fondi per gli investimenti dello stato di previsione di ciascun Ministero interessato sono indicati nell'allegato 2 alla presente legge.

609. La copertura della presente legge per le nuove o maggiori spese correnti, per le riduzioni di entrata e per le nuove finalizzazioni nette da iscrivere nel Fondo speciale di parte corrente viene assicurata, ai sensi dell'articolo 11, comma 5, della legge 5 agosto 1978, n. 468, e successive modificazioni, secondo il prospetto allegato.

610. Le disposizioni della presente legge sono applicabili nelle regioni a statuto speciale e nelle province autonome di Trento e di Bolzano compatibilmente con le norme dei rispettivi statuti.

611. Le disposizioni della presente legge costituiscono norme di coordinamento della finanza pubblica per gli enti territoriali.

612. La presente legge entra in vigore il 1° gennaio 2006.

**ALLEGATO B – ARTICOLI DELLA COSTITUZIONE BRASILIANA DEL 1988,  
ELENCATI SECONDO L'ORDINE IN CUI APPAIONO ALL'INTERNO DEL  
LAVORO**

## **CAPITULO 1**

### **articulo 7, comma IV**

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

### **articulo 3**

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

### **articulo 14, commi 5 e 6**

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

[...]

§ 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1997)

§ 6º - Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.

### **articulo 85, commi IV e V**

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

I - a existência da União;

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

- IV - a segurança interna do País;
- V - a probidade na administração;
- VI - a lei orçamentária;
- VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

#### **artículo 52, comma unico**

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02/09/99)

II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[...]

Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

#### **artículo 5**

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

- I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
- II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
- III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
- IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
- V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
- VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
- VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;
- VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;



IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (Vide Lei nº 9.296, de 1996)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

XXX - é garantido o direito de herança;

XXXI - a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do "de cujus";

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

XXXVII - não haverá júízo ou tribunal de exceção;

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa;

b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes

hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

LXXII - conceder-se-á "habeas-data":

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

LXXVI - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:

- a) o registro civil de nascimento;
- b) a certidão de óbito;

LXXVII - são gratuitas as ações de "habeas-corpus" e "habeas-data", e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo)

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

## **artículo 7**

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943)

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; (Vide Del 5.452, art. 59 § 1º)

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

XXIV - aposentadoria;

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000)

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social.

### **artículo 170**

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

### **artículo 37**

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...]

## CAPITULO 2

### articoli 6 fino all'11

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943)

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; (Vide Del 5.452, art. 59 § 1º)

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;



XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

XXIV - aposentadoria;

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000)

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social.

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º - Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

Art. 11. Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

### **artículo 1º, comma III**

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana.

### **artículo 60, comma 4**

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

### **CAPITULO 3**

#### **artículo 196**

Art. 196. 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.

#### **artículo 208**

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.

**artículo 2**

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

**artículo 174**

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º - As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

**artículo 167, commi I e II**

Art. 167. São vedados:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

[...]

**artículo 165**

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

§ 1º - A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

§ 2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

§ 3º - O Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária.

§ 4º - Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional.

§ 5º - A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

§ 6º - O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

§ 7º - Os orçamentos previstos no § 5º, I e II, deste artigo, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional.

§ 8º - A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.

§ 9º - Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual;

II - estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

### **artículo 1**

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

### **artículo 84, comma XXIII**

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

XXIII - enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição.

**artículo 35, comma 2**

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

[...]

II - não forem prestadas contas devidas, na forma da lei.

[...]

**artículo 48, comma II**

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

[...]

II - plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado.

**artículo 166, comma 3, II**

Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.

§ 3º - As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso:

I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;

II - indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre:

a) dotações para pessoal e seus encargos;

b) serviço da dívida;

c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; ou

III - sejam relacionadas:

a) com a correção de erros ou omissões; ou

b) com os dispositivos do texto do projeto de lei.

**artículo 57, comma 2**

Art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 50, de 2006)

[...]

§ 2º - A sessão legislativa não será interrompida sem a aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias.

**artículo 167, commi I e IV**

Art. 167. São vedados:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

[...]

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

**artículo 198, comma 3**

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - os percentuais de que trata o § 2º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006)

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 63, de 2010) Regulamento

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006)

#### **articolo 77 dell'Atto delle Disposizioni Costituzionali Transitorie**

Art. 77. A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1997)

§ 1º - A eleição do Presidente da República importará a do Vice-Presidente com ele registrado.

§ 2º - Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos.

§ 3º - Se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, far-se-á nova eleição em até vinte dias após a proclamação do resultado, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos.

§ 4º - Se, antes de realizado o segundo turno, ocorrer morte, desistência ou impedimento legal de candidato, convocar-se-á, dentre os remanescentes, o de maior votação.

§ 5º - Se, na hipótese dos parágrafos anteriores, remanescer, em segundo lugar, mais de um candidato com a mesma votação, qualificar-se-á o mais idoso.



**artículo 212**

Art. 212. 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.

§ 1º - A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.

§ 2º - Para efeito do cumprimento do disposto no "caput" deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213.

§ 3º A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

§ 4º - Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.

§ 5º A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) (Vide Decreto nº 6.003, de 2006)

§ 6º As cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

**artículo 205**

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

**artículo 34**

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

I - manter a integridade nacional;

II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;

III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;

IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;

V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que:

a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;

b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;

VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;

b) direitos da pessoa humana;

c) autonomia municipal;

d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

### **artículo 35**

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

I - deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada;

II - não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;

III - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

### **artículo 18**

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

### **artículo 49, comma IV**

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

IV - aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas.

### **artículo 100**

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 4º Para os fins do disposto no § 3º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 6º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 7º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 8º É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o § 3º deste artigo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 9º No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 10. Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena de perda do direito de abatimento, informação sobre os débitos que preenchem as condições estabelecidas no § 9º, para os fins nele previstos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 11. É facultada ao credor, conforme estabelecido em lei da entidade federativa devedora, a entrega de créditos em precatórios para compra de imóveis públicos do respectivo ente federado. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 13. O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor, não se aplicando ao cessionário o disposto nos §§ 2º e 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 14. A cessão de precatórios somente produzirá efeitos após comunicação, por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade devedora. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 15. Sem prejuízo do disposto neste artigo, lei complementar a esta Constituição Federal poderá estabelecer regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida e forma e prazo de liquidação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 16. A seu critério exclusivo e na forma de lei, a União poderá assumir débitos, oriundos de precatórios, de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciando-os diretamente. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

### **artículo 103, comma 2**

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

#### **artículo 59**

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

#### **artículo 18, comma 4**

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

[...]

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996)

**artículo 102, comma I, lettera q e II, lettera a**

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

**artículo 105, comma I, lettera h**

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

**artículo 121, comma 4, V**

Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

[...]

§ 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

[...]

V - denegarem "habeas-corpus", mandado de segurança, "habeas-data" ou mandado de injunção.

**artículo 125, comma 1**

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

**artículo 40, comma 4**

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de

previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

[...]

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

#### **articoli 12 a 16**

Art. 12. São brasileiros:

I - natos:

a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;

b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;

c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 54, de 2007)

II - naturalizados:

a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;

b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994)

§ 1º Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994)

§ 2º - A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição.

§ 3º - São privativos de brasileiro nato os cargos:

I - de Presidente e Vice-Presidente da República;

II - de Presidente da Câmara dos Deputados;

III - de Presidente do Senado Federal;

IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal;

V - da carreira diplomática;

VI - de oficial das Forças Armadas.

VII - de Ministro de Estado da Defesa (Incluído pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

§ 4º - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:

I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;

II - adquirir outra nacionalidade, salvo no casos: (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994)

a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira; (Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994)

b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis; (Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994)

Art. 13. A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil.

§ 1º - São símbolos da República Federativa do Brasil a bandeira, o hino, as armas e o selo nacionais.

§ 2º - Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão ter símbolos próprios.

#### **CAPÍTULO 4**

#### **DOS DIREITOS POLÍTICOS**

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

§ 1º - O alistamento eleitoral e o voto são:

I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

II - facultativos para:

a) os analfabetos;

b) os maiores de setenta anos;

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

§ 2º - Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

§ 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei:

I - a nacionalidade brasileira;

II - o pleno exercício dos direitos políticos;

III - o alistamento eleitoral;

IV - o domicílio eleitoral na circunscrição;

V - a filiação partidária;

VI - a idade mínima de:

a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;



b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;

c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;

d) dezoito anos para Vereador.

§ 4º - São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.

§ 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1997)

§ 6º - Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.

§ 7º - São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

§ 8º - O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições:

I - se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;

II - se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)

§ 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

§ 11 - A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 4, de 1993)

### **artículo 71**

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º - Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º - As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º - O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

#### **artículo 70**

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

#### **artículo 37, comma II**

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

#### **artículo 73**

Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

§ 1º - Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:

I - mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade;

II - idoneidade moral e reputação ilibada;

III - notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;

IV - mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.

§ 2º - Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos:

I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antigüidade e merecimento;

II - dois terços pelo Congresso Nacional.

§ 3º Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 4º - O auditor, quando em substituição a Ministro, terá as mesmas garantias e impedimentos do titular e, quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de juiz de Tribunal Regional Federal.

#### **artículo 75**

Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.

**ANEXO C – DECISIONI DEI TRIBUNALI BRASILIANI, ELENCATI SECONDO L'ORDINE IN CUI APPAIONO ALL'INTERNO DEL LAVORO. TUTTI DISPONIBILI SUI SITI: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) e [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br).**

**Supremo Tribunal Federal (STF), ação direta de inconstitucionalidade n. 3.112, julgada em 02 de maio de 2007:**

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.826/2003. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL AFASTADA. INVASÃO DA COMPETÊNCIA RESIDUAL DOS ESTADOS. INOCORRÊNCIA. DIREITO DE PROPRIEDADE. INTROMISSÃO DO ESTADO NA ESFERA PRIVADA DESCARACTERIZADA. PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO RECONHECIDA. OBRIGAÇÃO DE RENOVAÇÃO PERIÓDICA DO REGISTRO DAS ARMAS DE FOGO. DIREITO DE PROPRIEDADE, ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO ALEGADAMENTE VIOLADOS. ASSERTIVA IMPROCEDENTE. LESÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AFRONTA TAMBÉM AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ARGUMENTOS NÃO ACOLHIDOS. FIXAÇÃO DE IDADE MÍNIMA PARA A AQUISIÇÃO DE ARMA DE FOGO. POSSIBILIDADE. REALIZAÇÃO DE REFERENDO. INCOMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL. PREJUDICIALIDADE. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE QUANTO À PROIBIÇÃO DO ESTABELECIMENTO DE FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA. I - Dispositivos impugnados que constituem mera reprodução de normas constantes da Lei 9.437/1997, de iniciativa do Executivo, revogada pela Lei 10.826/2003, ou são consentâneos com o que nela se dispunha, ou, ainda, consubstanciam preceitos que guardam afinidade lógica, em uma relação de pertinência, com a Lei 9.437/1997 ou com o PL 1.073/1999, ambos encaminhados ao Congresso Nacional pela Presidência da República, razão pela qual não se caracteriza a alegada inconstitucionalidade formal. II - Invasão de competência residual dos Estados para legislar sobre segurança pública inócurre, pois cabe à União legislar sobre matérias de predominante interesse geral. III - O direito do proprietário à percepção de justa e adequada indenização, reconhecida no diploma legal impugnado, afasta a alegada violação ao art. 5º, XXII, da Constituição Federal, bem como ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido. IV - A proibição de estabelecimento de fiança para os delitos de "porte ilegal de arma de fogo de uso permitido" e de "disparo de arma de fogo", mostra-se desarrazoada, porquanto são crimes de mera conduta, que não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade. V - Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão ex lege, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente. VI - Identificação das armas e munições, de modo a permitir o rastreamento dos respectivos fabricantes e adquirentes, medida que não se mostra irrazoável. VII - A idade mínima para aquisição de arma de fogo pode ser estabelecida por meio de lei ordinária, como se tem admitido em outras hipóteses. VIII - Prejudicado o exame da inconstitucionalidade formal e material do art. 35, tendo em conta a realização de referendo. IX - Ação julgada procedente, em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003.

**Decisão**

À unanimidade, o Tribunal rejeitou as alegações de inconstitucionalidade formal, nos termos do voto do Relator. O Tribunal, por maioria, julgou procedente, em parte, a ação para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, nos termos do voto do Relator, vencidos parcialmente os Senhores Ministros Carlos Britto, Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence, que julgavam improcedente a ação quanto aos

parágrafos únicos dos artigos 14 e 15, e o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente quanto ao parágrafo único do artigo 15 e, em relação ao artigo 21, apenas quanto à referência ao artigo 16. O Tribunal, por unanimidade, julgou improcedente a ação relativamente ao artigo 2º, inciso X; ao artigo 12; ao artigo 23, §§ 1º, 2º e 3º; ao artigo 25, parágrafo único; ao artigo 28 e ao parágrafo único do artigo 32; e declarou o prejuízo quanto ao artigo 35. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Falaram, pelos requerentes Partido Trabalhista Brasileiro-PTB e Associação dos Delegados de Polícia do Brasil-ADEPOL, o Dr. Wladimir Sérgio Reale; pela requerente Confederação Nacional dos Vigilantes, Empregados em Empresas de Segurança, Vigilância e Transportes de Valores e dos Cursos de Formação e Especialização de Vigilantes, Prestação de Serviços Similares e seus Anexos e Afins-CNTV-PS, o Dr. Jonas Duarte José da Silva; pelos amici curiae Confederação Brasileira de Tiro Prático-CBTP e outros, Federação Gaúcha de Tiro Prático-FGTP, Associação Gaúcha de Colecionadores de Armas-AGCA e Federação Gaúcha de Caça e Tiro-FGCT, o Dr. Rubens Ribas Garrastazu Almeida; pelos amici curiae Conectas Direitos Humanos, Instituto Sou da Paz e Viva Rio, a Dra. Eloísa Machado de Almeida; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli e, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza. Plenário, 02.05.2007.

#### **STF, azione diretta di incostituzionalità n. 939, giudicata il 15 dicembre 1993**

EMENTA: - Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisorio sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precipua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no paragrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, "a", da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: "b"): templos de qualquer culto; "c"): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e "d"): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequência, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993.

#### **Decisão**

Por maioria de votos, o Tribunal julgou procedente, em parte, a ação, para declarar a inconstitucionalidade da expressão 'o art. 150, III, b e VI, nem, contida no 8 2o. do art. 2o. de EC n. 03/93, vencidos, em parte, os Ministros Sepúlveda Pertence, que declarava a inconstitucionalidade, apenas, da expressão "e VI", o Presidente (Min. Octavio Gallotti), que declarava a inconstitucionalidade da mesma expressão ('e VI'), mas apenas quanto à

alínea a do referido inciso, e o Ministro Marco Aurélio, que declarava a inconstitucionalidade de todo o art. 2o. e seus parágrafos da mesma Emenda Constitucional. Em consequência, quanto à Lei Complementar n. 77/93, o Tribunal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do art. 28, na parte em que permitiu a cobrança do tributo no ano de 1993, vencidos, nesse ponto, os Ministros Sepúlveda Pertence e Presidente (Min. Octavio Gallotti). Ainda, por maioria, declarou a inconstitucionalidade, sem redução de textos, dos artigos 3o., 4o. e 8o. do mesmo diploma (LC n. 77/93) por haverem deixado de excluir, da incidência do I.P.M.F., as pessoas jurídicas de Direito Público e as demais entidades ou empresas referidas nas alíneas 'a', 'b', 'c' e 'd' do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. Nesses pontos, ficaram vencidos, em parte, o Ministro Marco Aurélio, que declarava a inconstitucionalidade de toda a LC n. 77/93.

#### **STF, azione diretta di incostituzionalità n. 896, giudicata il 03 novembre 1993**

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Complementar n. 75, de 20.05.93 (artigo 270 e seus pars. 1. e 2., bem como as expressões "não alcançados pelo artigo anterior" constantes do "caput" do artigo 271). - Não só a Corte esta restrita a examinar os dispositivos ou expressões deles cuja inconstitucionalidade for arguida, mas também não pode ela declarar inconstitucionalidade parcial que mude o sentido e o alcance da norma impugnada (quando isso ocorre, a declaração de inconstitucionalidade tem de alcançar todo o dispositivo), porquanto, se assim não fosse, a Corte se transformaria em legislador positivo, uma vez que, com a supressão da expressão atacada, estaria modificando o sentido e o alcance da norma impugnada. E o controle de constitucionalidade dos atos normativos pelo Poder Judiciário só lhe permite agir como legislador negativo. Em consequência, se uma das alternativas necessárias ao julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade (a da procedencia dessa ação) não pode ser acolhida por esta Corte, por não poder ela atuar como legislador positivo, o pedido de declaração de inconstitucionalidade como posto não atende a uma das condições da ação direta que e a da sua possibilidade jurídica. Ação direta de inconstitucionalidade que não se conhece por impossibilidade jurídica do pedido.

VOTAÇÃO: POR MAIORIA.

RESULTADO: NÃO CONHECIDA.

#### **STF, ricorso straordinario n. 173.252, giudicato il 05 novembre 1998**

EMENTA: Servidor público. Isonomia. Artigo 39, § 1º, da Constituição Federal. Súmula 339 do STF. - Esta Corte, como demonstram os precedentes invocados no parecer da Procuradoria-Geral da República, tem entendido que continua em vigor, em face da atual Constituição, a súmula 339 ("Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia"), porquanto o § 1º do artigo 39 da Carta Magna é preceito dirigido ao legislador, a quem compete concretizar o princípio da isonomia, considerando especificamente os casos de atribuições iguais ou assemelhadas, não cabendo ao Poder Judiciário substituir-se ao legislador. Contra lei que viola o princípio da isonomia é cabível, no âmbito do controle concentrado, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que, se procedente, dará margem a que dessa declaração seja dada ciência ao Poder Legislativo para que aplique, por lei, o referido princípio constitucional; já na esfera do controle difuso, vício dessa natureza só pode conduzir à declaração de inconstitucionalidade da norma que infringiu esse princípio, o que, eliminando o benefício dado a um cargo quando deveria abranger também outros com atribuições iguais ou assemelhadas, impede a sua extensão a estes. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Decisão

O Tribunal, por maioria, vencido o Sr. Ministro Marco Aurélio, conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Celso de Mello, Presidente, e, neste julgamento, o Sr. Ministro Sydney Sanches. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Velloso, Vice-Presidente. Plenário, 05.11.98.



**Tribunale di Giustizia dello Stato del Rio Grande do Sul, appello civile n. 70010135028, giudicato il 22 dicembre 2004**

ECA. PRAZO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE.

O prazo para apelar, nos feitos atinentes à Justiça da Infância e da Juventude, é de dez dias, a teor do disposto no art. 198, inciso II, ECA. Descabe, pois, conhecer do apelo interposto fora do prazo legal.

FORNECIMENTO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL.

O Poder Judiciário deve atentar ao princípio da reserva do possível. Diante da carência de recursos para atender a todos os pedidos concernentes aos direitos à vida e à saúde, devem ser estabelecidas prioridades, sob pena de ser relegado o atendimento dos casos de extrema necessidade e urgência, em prejuízo a outros pacientes. Apelo do Estado e reexame necessário não conhecidos e recurso do Município provido.

APELAÇÃO REEXAME NECESSÁRIO

SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Nº 70010135028

COMARCA DE IGREJINHA

JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE IGREJINHA

APRESENTANTE

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

APELANTE

MUNICÍPIO DE IGREJINHA

APELANTE

DIEFERSON SCHEFFER DOS SANTOS,  
representado pela mãe,  
ISORETH SCHEFFER DOS SANTOS

APELADO

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, não conhecer do apelo do Estado e do reexame necessário e prover o recurso do Município.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária (Presidente), os eminentes Senhores DES. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS E DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS.

Porto Alegre, 22 de dezembro de 2004.

DESA. MARIA BERENICE DIAS,  
Relatora-Presidente.

### RELATÓRIO

DESA. MARIA BERENICE DIAS (RELATORA-PRESIDENTE)

D. S. S., representado pela mãe, I. S. S., ajuíza ação nominada ordinária contra o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL e o MUNICÍPIO DE IGREJINHA, alegando ser portador de seqüelas graves, decorrentes de meningite bacteriana havida quando tinha três meses de idade. Refere necessitar do uso diário de fraldas descartáveis, em face de não ter controle esfinteriano. Menciona que a família não tem recursos para arcar com a quantidade de fraldas descartáveis de que necessita. Pugna pela concessão de pleito antecipatório de tutela e do benefício da assistência judiciária gratuita. Requer o provimento da ação, para que os demandados sejam condenados a fornecer as fraldas descartáveis.

Concedido o benefício da assistência judiciária gratuita ao autor, foi deferido o pedido de liminar (fls. 12/13).

Em contestação (fls. 52/56), o MUNICÍPIO DE IGREJINHA alega, preliminarmente, ser parte passiva ilegítima, devendo ser excluído da relação processual. Sustenta que o plano municipal de assistência farmacêutica básica apresenta um elenco de medicamentos essenciais, que devem ser fornecidos obrigatoriamente. Aduz que as medicações devem ser adquiridas por meio de licitação. Argumenta, ainda, que as fraldas pleiteadas pelo autor não são indispensáveis e de obrigatório fornecimento pelo Município. No mérito, alega que as fraldas não são consideradas utilitários essenciais. Argumenta inexistir solidariedade entre os entes da federação. Requer o desprovemento da ação.

Houve réplica (fls. 60/64).

Em resposta (fls. 69/77), o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL alega que os arts. 5º e 196 da CF não asseguram a destinação de recursos públicos a uma situação individualizada. Sustenta que qualquer atuação no sentido de garantir o direito à saúde deve ser global. Refere inexistir direito subjetivo de a pessoa obter gratuitamente determinada medicação. Argumenta que o art. 196 da CF dispõe de eficácia limitada ou reduzida. Alega, ainda, que a execução dos serviços atinentes à saúde, por importar em despesas de verbas públicas, deve estar rigorosamente adstrita aos ditames de lei orçamentária. Invoca o princípio da separação e independência entre os poderes. Requer o desprovemento do pedido.

Houve réplica (fls. 83/86).

Finda a instrução, o Ministério Público opinou pela procedência da ação (fls. 88/98).

Sentenciando (fls. 109/115), o magistrado julgou procedente o pedido, condenando os demandados a fornecer ao autor cinco fraldas descartáveis infantis, tamanho XXG, por dia, e a arcar com as custas processuais e os honorários advocatícios, fixados estes em R\$ 720,00, suspensa a exigibilidade, quanto à verba honorária, em face de o requerente ser assistido pela Defensoria Pública.

Inconformado, apela o MUNICÍPIO DE IGREJINHA (fls. 116/123), alegando que as fraldas pleiteadas na inicial não são consideradas utilitários essenciais, porquanto não importam em risco a saúde do autor. Sustenta, ainda, que integra a gestão plena de atenção básica, tendo responsabilidade apenas sobre os serviços de baixa e média complexidade. Argumenta que o fornecimento de fraldas descartáveis refoge à competência dos entes municipais. Aduz, ainda, não ter havido qualquer pedido administrativo, por parte do apelado. Ressalta que o pedido de fornecimento de fraldas somente tem seguimento quando a receita é aviada por médico credenciado ao SUS. Alega que a forma pela qual o Município deve garantir o direito à saúde está condicionada a adoção de políticas sociais e econômicas, de modo que qualquer atuação neste sentido deve ser global. Refere que o art. 196 da CF não assegura a destinação de recursos a situações individualizadas. Invoca o princípio da separação e independência entre os poderes. Menciona ser descabida a destinação de recursos públicos sem prévia dotação orçamentária. Pugna pela concessão de liminar. Requer o provimento do apelo, para que seja julgada improcedente a demanda e excluída a condenação em custas processuais e honorários advocatícios.

Pelo juízo, foram acolhidos os embargos declaratórios opostos pelo demandante (fls. 124/125), para o fim de fixar multa no patamar de R\$ 240,00, por dia de atraso no cumprimento da decisão judicial (fls. 126/127).

Em aditamento ao recurso de apelação (fls. 132/134), o MUNICÍPIO DE IGREJINHA insurge-se quanto à fixação do dia-multa. Aduz que a fixação da *astreinte* não tem o condão de impelir o devedor ao cumprimento da obrigação e somente vem a onerar o erário. Requer a reforma da sentença.

Irresignado, apela o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (fls. 141/159), alegando, em prefacial, não ter legitimidade passiva para o fornecimento de fraldas descartáveis. No mérito, sustenta que não incidem as disposições da Lei estadual nº 9.903/93, no caso vertente, na medida em que o objeto do pedido não trata de medicamentos. Aduz que a administração pública está sujeita ao princípio da legalidade. Insurge-se com relação à fixação da *astreinte*. Requer a reforma da sentença, para que seja julgada improcedente a demanda ou afastada a fixação de multa diária.

Os apelos foram recebidos (fl. 161).

Contra-arrazoado o recurso (fls. 162/166), o Ministério Público ofertou parecer no sentido do conhecimento e desprovemento dos apelos, ressaltando a redução dos honorários advocatícios (fls. 168/177).

O Procurador de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovemento das inconformidades (fls. 179/188).

É o relatório.

## VOTOS

DESA. MARIA BERENICE DIAS (RELATORA-PRESIDENTE)

Trata-se de ação afeta à Justiça da Infância e da Juventude, que busca tutelar o direito à saúde de criança.

Conforme prevê o art. 198, II, ECA, *em todos os recursos, salvo o de agravo de instrumento e de embargos de declaração, o prazo para interpor e para responder será sempre de dez dias.*

Tendo em vista que o Procurador do Estado foi intimado em 21/05/2004 (fl. 140), e que a Fazenda Pública dispõe de prazo em dobro para recorrer (art. 188 do CPC), o prazo recursal expirou em 14/06/2004. Assim, a apelação interposta pelo Estado do Rio Grande do Sul é flagrantemente intempestiva, porquanto interposta em 16/06/2004 (fl. 141).

Nestes termos, não é de ser conhecido o recurso do Estado do Rio Grande do Sul.

Descabe o reexame da sentença em sede de reexame necessário.

O art. 475, § 2º, CPC dispõe não ser caso de reexame necessário *...sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta salários mínimos) (...)*. Sobre a interpretação do dispositivo legal em comento, impõe-se transcrever o aresto do Superior Tribunal de Justiça:

*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VALOR CERTO. ARTIGO 475, § 2º DO CPC. ALTERAÇÃO DADA PELA LEI 10.352/01. APLICAÇÃO IMEDIATA DA NORMA PROCESSUAL. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AGILIZAÇÃO. 60 (SESENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS. REEXAME NECESSÁRIO. NÃO OBRIGATORIEDADE. LIMITE. AFERIÇÃO. DATA DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. CRITÉRIOS E HIPÓTESES ORIENTADORES DO VALOR. RECURSO CONHECIDO MAS DESPROVIDO.*

*I - O desate da controvérsia envolve a compreensão da expressão "valor certo" que consta do parágrafo 2º do artigo 475 da Lei Processual vigente.*

*II - A alteração dada pela Lei 10.352/01 ao artigo 475, § 2º do Código de Processo Civil tem aplicação imediata.*

*III - Neste contexto, impõe-se considerar o espírito do legislador que, com a intenção de agilizar a prestação jurisdicional, implementou diversas alterações recentes no Código de Processo Civil, como a do caso vertente com relação ao parágrafo 2º do artigo 475 do Estatuto Processual. Desta forma, não é razoável obrigar-se à parte vencedora aguardar a confirmação pelo Tribunal de sentença condenatória cujo valor não exceda a 60 (sessenta) salários mínimos.*

*IV - Em sendo assim, a melhor interpretação à expressão "valor certo" é de que o valor limite a ser considerado seja o correspondente a 60 (sessenta) salários mínimos na data da prolação da sentença, porque o reexame necessário é uma condição de eficácia desta. Assim, será na data da prolação da sentença a ocasião adequada para aferir-se a necessidade de reexame necessário ou não de acordo com o "quantum" apurado no momento.*

*V - Neste sentido, quanto ao "valor certo", deve-se considerar os seguintes critérios e hipóteses orientadores: a) havendo sentença condenatória líquida: valor a que foi condenado o Poder Público, constante da sentença; b) não havendo sentença condenatória (quando a lei utiliza a terminologia direito controvertido - sem natureza condenatória) ou sendo esta ilíquida:*

*valor da causa atualizado até a data da sentença, que é o momento em que deverá se verificar a incidência ou não da hipótese legal.*

*VI - Recurso conhecido, mas desprovido. (REsp nº 576698/RS, 5ª Turma do STJ, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 01.07.2004, p. 265). Sem grifo no original.*

No caso vertente, os demandados foram condenados a arcar com fraldas descartáveis de forma contínua, de modo que a condenação é ilíquida. Assim, o “valor certo” referido no art. 475, § 2º, CPC diz respeito ao valor da causa quando da prolação da sentença.

O art. 260 do CPC dispõe que *...quando se pedirem prestações vencidas e vincendas, tomar-se-á em consideração o valor de umas e outras. O valor das prestações vincendas será igual a uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado, ou por tempo superior a 1 (um) ano (...).* Considerando que a obrigação estipulada na sentença é por tempo indeterminado, o valor da causa corresponde a uma prestação anual.

Tendo em vista que o valor mensal das fraldas descartáveis é de aproximadamente R\$ 127,11, de acordo com as informações contidas na exordial (fl. 03), conclui-se que a sentença guerreada não está sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Nestes termos, não há falar em reexame necessário.

No que tange ao apelo do MUNICÍPIO DE IGREJINHA (fls. 116/123 e 132/134), procede a inconformidade.

Inicialmente, cabe referir que o presente feito trata de litisconsórcio facultativo unitário. Sobre o tema, a lição de José Maria Tesheiner:

*...o litisconsórcio pode ser facultativo ou necessário; simples ou unitário. Da combinação resultam os litisconsórcios: facultativo simples, facultativo unitário, necessário simples e necessário unitário. O facultativo resulta da vontade de alguns de se coligar como autores, bem como de requerimento de citação de vários réus, nos casos admitidos em lei (CPC, art. 46). O litisconsórcio é necessário pela natureza da relação jurídica, ou quando exigido por lei. É unitário o litisconsórcio quando o juiz tem de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes, caso em que a eficácia da sentença depende da presença de todos os litisconsortes no processo. Nos casos de litisconsórcio unitário, a sentença, sem a presença de todos os co-legitimados, não pode produzir os efeitos que lhe são próprios. É simples (ou comum), quando a sorte de um litisconsorte pode ser diversa da de outro, isto é, quando não é necessário que o juiz decida a lide de modo uniforme para todos os litisconsortes (Autoridade e Eficácia da Sentença - Crítica à Teoria de Liebman, publicada na Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 03 - JAN-FEV/2000, pág. 16).*

Assim, a presente decisão colegiada é uniforme em relação aos litisconsortes passivos, a ambos estendendo seus efeitos.

O adolescente D. S. S., de 13 anos de idade (fl. 07), sofre com paralisia cerebral, em razão de ter sofrido meningite bacteriana aos três anos de idade (fl. 09), e não tem controle esfinteriano.

Em que pese seja indicado o uso de fraldas descartáveis, para evitar o surgimento de dermatites perineais freqüentes (fls. 102/103), não há falar em perigo à vida ou à saúde do paciente.

Embora o art. 196 da CF estabeleça que a saúde constitui direito de todos e dever do Estado, não se pode olvidar a crescente insuficiência de recursos, a qual estabelece o dever de serem estabelecidas prioridades. Ao poder executivo não pode ser atribuído o dever de arcar com todos os pedidos que “batam às portas” do Poder Judiciário, sob pena de serem relegados os casos de extrema necessidade e urgência.

No mais, adoto, como razões de decidir, o voto lançado na Apelação Cível nº 70008407843, 4ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Des. Wellington Pacheco Barros, em 30/06/2004:

*...nos termos do novo entendimento adotado por esta Quarta Câmara Cível, se faz necessária uma posição mais rigorosa do Judiciário no que tange as*

*ações de medicamentos, exigindo dos demandantes, efetiva comprovação da necessidade e da excepcionalidade do medicamento como única solução para tratamento das moléstias acometidas, bem como, nos casos em que não manifesta a urgência, a negativa do Estado em fornecer o remédio pleiteado, seja porque em falta no estoque de medicamentos, seja por não constar da lista oficial do Ministério da Saúde dos medicamentos fornecidos pelos entes públicos, como, também, pela demora em responder ao pedido.*

*Nesse passo, nos termos da Lei Estadual nº 9.908/93, artigo 1º, parágrafo único e artigo 2º, os medicamentos excepcionais são aqueles usados com freqüência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente, o que não se verifica no caso dos autos.*

*Com efeito, não vejo patente, risco à vida da autora. Aliás, como já referido, o Poder Judiciário procura atender aos pedidos de medicamentos que se mostrem excepcionais à manutenção da vida de pacientes em situação de carência, que não possuam condições para adquiri-los, já que obrigação constitucional de assistência à saúde da população. No entanto, em face do princípio da reserva do possível, o juiz não pode alcançar direitos sem que existam meios materiais disponíveis para tanto. Não fora isso, o atendimento a todo e qualquer pedido de medicamento que não venha devidamente comprovado como indispensável à manutenção da vida de pacientes, poderia acarretar o esvaziamento de outras, realmente mais urgentes.*

*Por isso, diante da inocorrência de qualquer risco à vida da autora, não se apresenta o tão-só uso indicado de fralda descartável como sendo uma excepcionalidade, logo, é de meu entender não ser caso do seu fornecimento. Sem grifo no original.*

Por fim, impõe-se a inversão dos ônus sucumbenciais, para condenar o apelado a arcar com verba honorária fixada em 10% sobre o valor da causa, forte no art. 20, § 4º, CPC, suspensa a exigibilidade em face de a parte litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Sem custas, em face do disposto no art. 141, § 2º, ECA.

Nestes termos, impõe-se o não conhecimento do apelo do Estado do Rio Grande do Sul e do reexame necessário e, no mérito, o provimento do apelo do Município de Igrejinha, para julgar improcedente a demanda.

DES. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS - De acordo.

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS - De acordo.

DESA. MARIA BERENICE DIAS - Presidente - Apelação Reexame Necessário nº 70010135028, Comarca de Igrejinha: "NÃO CONHECERAM DO APELO DO ESTADO E DO REEXAME NECESSÁRIO E PROVERAM O RECURSO DO MUNICÍPIO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: VANCARLO ANDRE ANACLETO

**Tribunale di Giustizia dello Stato del Rio Grande do Sul, appello civile n. 70018755868, giudicato il 25 aprile 2007**

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. OBSERVÂNCIA DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL, E DAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS A RESPEITO DOS CRITÉRIOS DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NO ÂMBITO DA SAÚDE.

Em nosso ordenamento jurídico, o direito à saúde foi priorizado tanto pelo legislador constituinte quanto pelo legislador infraconstitucional, sendo responsabilidade do Estado (gênero) o fornecimento de medicamentos àqueles que dos mesmos necessitem observados, entretanto, os limites da reserva do possível, bem assim como os critérios de repartição de competências no âmbito da saúde, sob pena de prejudicar-se, ou até mesmo inviabilizar, o sistema público de saúde.

**FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.**

Descabe a fixação de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública, quando sucumbente o Estado do Rio Grande do Sul.

Recurso provido, por maioria.

APELAÇÃO CÍVEL

SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Nº 70018755868

COMARCA DE SANTA MARIA

E.R.G.S.

APELANTE

..

A.C.B.R.

APELADA

..

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, vencido o Relator, em dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, a eminente Senhora DES.<sup>a</sup> MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTE).

Porto Alegre, 25 de abril de 2007.

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES,  
Relator.

DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL,  
Revisor e Redator.

## RELATÓRIO

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES (RELATOR) – Trata-se da irresignação do Estado do Rio Grande do Sul com a sentença que julgou procedente a ação ordinária movida por Ana Carolina B. R., menor, representada por seu pai, Gilnei S. R., condenando-o ao fornecimento do medicamento necessário ao tratamento da autora, tornando definitiva a tutela antecipada, e, também, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de R\$ 350,00 a serem recolhidos ao FADEP.

Sustentou o Estado que, diante de um quadro limitado de recursos, é impossível financeiramente ao Estado atender a todas as ocorrências, sendo atendidas as prioridades eleitas de forma criteriosa pela Administração. Acrescenta que as diversas ações desenvolvidas, devem dirigir-se à uma coletividade e não à prestação individual. Diz que o Estado fornece medicamentos a casos como o presente, mas é necessário aguardar o trâmite administrativo adequado. Quanto aos honorários advocatícios, refere que deve ser excluída a condenação, alegando a impossibilidade da condenação do Estado ao pagamento de honorários advocatícios à Defensoria Pública pois há a confusão entre credor e devedor, a motivar a extinção das obrigações. Pede o provimento do recurso.

Intimada, a autora ofereceu contra-razões, argumentando que é de responsabilidade do Estado o fornecimento do medicamento. Saliencia que os direitos à vida e à saúde mostram-se

preponderantes e de fundamental aplicação nesses casos. Sustenta que não se pode permitir que a burocracia e as dificuldades financeiras do Estado vençam o direito à vida e à saúde. Destaca que as garantias fundamentais são normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata e por isso autorizam a exigência do seu cumprimento. Refere inexistir confusão entre credor e devedor numa só pessoa, pois aqui o credor é o Fundo de Aparentamento da Defensoria Pública, e devedor é o Estado do Rio Grande do Sul, sendo que o mencionado Fundo sequer integra o orçamento do Estado, logo não se pode confundir-lo com a Fazenda Pública. Pede seja negado provimento ao apelo, mantendo-se a sentença.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria de Justiça lançou parecer opinando pelo parcial provimento do recurso.[]

Vieram-me os autos conclusos, para julgamento.

Registre-se, por fim, que foi cumprido o comando estabelecido pelos artigos 549, 551 e 552, do CPC.

É o relatório.

## VOTOS

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES (RELATOR) –Estou acolhendo em parte a pretensão recursal.

Primeiramente, destaco que se cuida da necessidade da adolescente ANA CAROLINA, com 13 anos de idade, portadora de *Síndrome de Turner* (CID Q 96.0) sendo para ela indispensável o uso contínuo do hormônio do crescimento – GENOTROPIN 12mg, sob pena da adolescente não atingir a estrutura física dentro do padrão de normalidade, não tendo sua família condições econômicas para a sua aquisição.

Em segundo lugar, observo que o atendimento de crianças e adolescentes constitui prioridade legal, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe no seu art. 4º, parágrafo único, que as crianças e os adolescentes têm (a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, (b) precedência do atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública e (c) fazem jus a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Em terceiro lugar, observo que os entes públicos têm o dever de fornecer gratuitamente o tratamento de que necessita a adolescente, cuja família não tem condições de custear.

A responsabilidade dos entes públicos é solidária e a exigência de atuação integrada do Poder Público como um todo, isto é, UNIÃO, ESTADO e MUNICÍPIO para garantir a saúde de crianças e adolescentes, do qual decorre o direito ao fornecimento de exames e medicamentos, está posto nos art. 196 da Constituição Federal e art. 11, §2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Friso que o art. 196 da Constituição Federal dispõe, claramente, que “a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

De outra banda, a Carta Magna também tem clareza solar ao estabelecer no seu art. 227 que tanto a família, como a sociedade e também o Estado, em todas as suas esferas de poder, devem assegurar às crianças e aos adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde e à alimentação, entre outros direitos fundamentais, bem como de colocá-los a salvo de toda forma de negligência e discriminação, sendo que tal norma encontra eco no art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por oportuno, destaco, que o MUNICÍPIO, o ESTADO e a UNIÃO têm responsabilidade solidária e, além disso, o ECA estabelece tratamento preferencial a crianças e adolescentes, mostrando-se necessário o seu pronto atendimento, sendo flagrante a prioridade legal.

Aliás, como bem referiu o eminente Ministro José Delgado no julgamento do Recurso Especial nº 507205/PR, em 07/10/03, pela Primeira Turma do STJ (DJU 17/11/03, p. 00213) que “a Carta Magna de 1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda”.

No entanto, devem ser observados os critérios determinantes da divisão de competência para o fornecimento, que embasaram as listas compondo os medicamentos básicos, essenciais,

especiais e excepcionais, de forma a garantir a melhor utilização dos recursos públicos e evitando-se a oneração indevida de um ente público, quando o fornecimento de determinado serviço ou de determinado fármaco for atribuição de outro, a partir da competência preestabelecida.

É que as normas que regulam o funcionamento do Sistema Único de Saúde – SUS – estabelecem clara divisão de competência, definindo quais os serviços e quais os medicamentos que devem ser fornecidos pelos entes públicos que integram o sistema, assegurando a efetividade das políticas públicas na área da saúde, visando atender toda a população.

Por essa razão, para tornar possível e saudável o sistema de saúde pública é que se impõe respeito aos critérios estabelecidos, pois a partir deles evidentemente é que são elaborados os orçamentos e são feitas as previsões de recursos para o fornecimento dos serviços e para o abastecimento das farmácias públicas.

É preciso convir, porém, que, quando tal competência não estiver bem delineada, como ocorre no caso em exame, é imperioso reconhecer a legitimação passiva de ambos os demandados, cabendo a eles cumprir a obrigação e depois fazer o devido ajuste das respectivas contas públicas, não podendo o titular do direito ficar sujeito às falhas do sistema ou à incompetência na gestão dos recursos públicos.

Assim, diante da omissão do Estado, tornou-se imperioso recorrer à via judicial para tornar efetiva a proteção dos direitos da adolescente, de forma muito especial quando se cogita de direito elementar relativo à vida ou à saúde, cujo atendimento não pode se sujeitar a entraves burocráticos.

No mesmo sentido, aliás, também é a orientação desta Câmara, conforme se vê:

ECA. DIREITO DO INFANTE A MEDICAMENTOS DE QUE NECESSITA. OBRIGAÇÃO DO MUNICÍPIO E DO ESTADO DE FORNECÊ-LOS. PRIORIDADE LEGAL. CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. O ECA estabelece tratamento preferencial a crianças e adolescentes, mostrando-se necessário o pronto fornecimento de medicamentos e do tratamento de que necessita o autor, havendo responsabilidade solidária dos entes públicos. 2. Descabe condenar os vencidos ao pagamento de custas processuais, pois os procedimentos próprios da Justiça da Infância e da Juventude são isentos de custas e emolumentos. Inteligência do art. 141, §2º, do ECA. 3. Tratando-se de ação repetitiva, cabível a redução da verba de honorários advocatícios. Recurso provido em parte. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70016351421, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 04/10/2006)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO CONSTITUCIONAL. ECA. TRATAMENTO DE SAÚDE DE MENOR. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. A promoção do Parquet encontra amparo na Constituição da República (art. 129, III) e na Lei nº 8.069/90 (art. 201, V). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO MUNICÍPIO E DO ESTADO. Estabelece a Constituição Federal que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Estado aqui entendido como o ente público em qualquer de suas esferas. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. Sopesando o direito à vida com dignidade da criança e o direito patrimonial do Estado, é pacífico o entendimento de que deve prevalecer aquele, dispensada, dessarte, previsão orçamentária para essa despesa. O princípio da dignidade humana e a garantia de atendimento prioritário às crianças e adolescentes justificam plenamente o atendimento do pleito do infante. Preliminares rejeitadas e recursos desprovidos. (Apelação Cível Nº 70015861966, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 02/08/2006)

APELAÇÃO. ECA. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS À CRIANÇA PORTADORA DE ALERGIA ALIMENTAR. O direito à saúde, superdireito de matriz constitucional, há de ser assegurado, com absoluta prioridade às crianças e adolescentes e é dever do Estado (União, Estados e Municípios) como corolário do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70014484877,



Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 03/05/2006)

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. SUS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. MULTA. CABIMENTO. PRAZO E VALOR DA MULTA. REQUISITOS DA TUTELA ANTECIPADA. APRECIÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. SÚMULA Nº 07/STJ. IMPOSSIBILIDADE. 1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento a recurso especial. 2. Acórdão a quo segundo o qual “como bem assentado na Constituição da República (art. 196), o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar”. 3. Argumentos da decisão a quo que são claros e nítidos. Não dão lugar a omissões, obscuridades, contradições ou ausência de fundamentação. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que ele entender atinente à lide. Não está obrigado o magistrado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há omissão a ser suprida. Inexiste ofensa ao art. 535, II, do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no aresto a quo. 4. A CF/1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda. 5. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que é possível ao juiz, ex officio ou por meio de requerimento da parte, a fixação de multa diária cominatória (astreintes) contra a Fazenda Pública, em caso de descumprimento de obrigação de fazer. 6. Demonstrado, de modo evidente, que a procedência do pedido está rigorosamente vinculada ao exame das provas depositadas nos autos. As questões nodais acerca da verificação dos requisitos para a antecipação da tutela – verossimilhança das alegações e o receio de dano irreparável – tidos pela decisão a quo como não-demonstrados, assim como do prazo e do valor da multa constituem matéria de fato e não de direito, o que não se coaduna com a via estreita da súplica excepcional. Na via Especial não há campo para revisar entendimento de 2º grau assentado em prova. A função de tal recurso é, apenas, unificar a aplicação do direito federal, nos termos da Súmula nº 07/STJ. 7. Agravo regimental não provido. AgRg no REsp 690483/SC; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2004/0138058-9; Relator: Ministro JOSÉ DELGADO; Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA; Data do Julgamento: 19/04/2005; Data da Publicação/Fonte: DJ 06.06.2005 p. 208

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA

PESSOA CARENTE. LEGITIMIDADE DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO PARA FIGURAREM NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA. 1. Inexiste ofensa ao art. 535, II, do CPC, quando as questões levadas ao conhecimento do Órgão Julgador foram por ele apreciadas. 2. Recurso no qual se discute a legitimidade passiva da União para figurar em feito cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à manutenção de pessoa carente, portadora de atrofia cerebral gravíssima (ausência de atividade cerebral, coordenação motora e fala). 3. A Carta Magna de 1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. 4. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda. 5. Recurso especial desprovido. REsp 507205/PR; RECURSO ESPECIAL 2003/0009776-3; Relator Ministro JOSÉ DELGADO; Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA; Data do Julgamento: 07/10/2003; Data da Publicação/Fonte: DJ 17.11.2003 p. 213

Afinal, a prioridade estabelecida pela lei enseja a responsabilização do Estado, sendo irrelevante a alegação de escassez de recursos ou inexistência nos estoques, o que o obrigaria a alcançar o medicamento, ainda que obtido sem licitação, em estabelecimento particular, a ser custeado pelo Estado.

Com relação ao pagamento pelo Estado de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública, tenho que é descabida, pois a Defensoria Pública é um órgão estatal e a condenação, no caso, geraria confusão, operando-se a situação jurídica prevista no art. 381 do Código Civil.

Embora a Lei Estadual nº 10.298/94 tenha instituído um fundo financeiro especial – FADEP – em cuja fonte de receita estão indicados os recursos provenientes de honorários advocatícios estabelecidos em favor da Defensoria Pública, é forçoso convir que não fica afastada a condição da Defensoria como sendo órgão do próprio Estado.

Destaque-se que esse fundo é público, foi instituído pelo Estado e a ele pertence. É o Estado quem recebe os honorários advocatícios devidos por particulares nas causas patrocinadas pela Defensoria Pública.

A finalidade desse fundo reside, basicamente, em disciplinar a destinação dessas verbas ao aperfeiçoamento e aparelhamento das atividades da Defensoria Pública que é, frise-se, órgão do Estado.

Se admitida a condenação pretendida, haveria uma situação de cobrança impossível, sendo o Estado ao mesmo tempo credor e devedor.

Aliás, a orientação da jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça é pacífica entendendo que o Estado não deve ser condenado ao pagamento de honorários em favor da Defensoria Pública, como se vê:

PROCESSO CIVIL – HONORÁRIOS DEVIDOS PELO ESTADO À DEFENSORIA PÚBLICA – JURISPRUDÊNCIA REVISTA PELA PRIMEIRA SEÇÃO. 1. Recurso da municipalidade que, devido ao necessário revolvimento de matéria fático-probatória para a análise da fixação dos honorários advocatícios, aplica-se o teor da Súmula 7/STJ. 2. A Primeira Seção, julgando o REsp 596.836/RS por afetação da Segunda Turma, em decisão datada de 14/04/2004 e publicada em 02/08/2004, uniformizou o entendimento, no sentido de que a Defensoria Pública é órgão do Estado, motivo pelo qual não pode recolher honorários sucumbenciais decorrentes de condenação contra a Fazenda em causa patrocinada por Defensor Público. 3. Ressalva de entendimento pessoal. 4. Recurso especiais conhecidos em parte para improver o especial do MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO e prover o especial do ESTADO DO RIO DE JANEIRO. REsp 759782 / RJ ; RECURSO ESPECIAL 2005/0100032-2; Relator(a) Ministra ELIANA CALMON; Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA; Data do Julgamento: 05/09/2006; Data da Publicação/Fonte: DJ 26.09.2006 p. 194

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. HONORÁRIOS DE ADVOGADO DEVIDOS PELO ESTADO À DEFENSORIA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. 1. A Defensoria Pública é órgão do Estado, por isso que não pode recolher honorários sucumbenciais decorrentes de condenação contra a fazenda em causa patrocinada por Defensor Público. Confusão. 2. Aplicação do art. 381 do Código Civil de 2002, correspondente ao art. 1.049 do Código Civil de 1916, no sentido de que há confusão entre a pessoa do credor e a do devedor, posto que a Fazenda Pública não poderá ser reconhecida como obrigada para consigo mesma. 3. Deveras, não altera o referido raciocínio o fato de lei estadual instituir fundo financeiro especial, que possui entre suas fontes de receita os recursos provenientes de honorários advocatícios estabelecidos em favor da defensoria. 4. Agravo Regimental desprovido. AgRg no REsp 786668 / RS ; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL2005/0166457-8; Relator Ministro LUIZ FUX; Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA; Data do Julgamento: 22/08/2006; Data da Publicação/Fonte: DJ 18.09.2006 p. 280

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DEFENSOR PÚBLICO REPRESENTANDO LITIGANTE VENCEDOR EM DEMANDA CONTRA O ESTADO. PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PELO VENCIDO. IMPOSSIBILIDADE. CONFUSÃO ENTRE CREDOR E DEVEDOR. DEFENSORIA. ÓRGÃO ESTATAL. PRECEDENTES. 1. Ação com pedido de tutela antecipada ajuizada por NIVALDO ROCHA contra o ESTADO E O MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO requerendo a concessão de medicamentos para tratamento de doença grave. Sentença julgando procedente o pedido. Interpostas apelações pelos réus, o TJRJ negou-lhes provimento, mantendo o pagamento de honorários advocatícios ao defensor público que atuou na causa. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro alegando violação do art. 381 do CC. Afirma ser inadmissível que o Estado pague honorários de sucumbência em favor do Centro de Estudos da Defensoria Pública Geral, integrante do mesmo ente federativo, uma vez ocorrente o instituto da confusão. Contra-razões pugnando pelo não-provimento do recurso especial. 2. “A Defensoria Pública é órgão do Estado. Por isso não pode recolher honorários sucumbenciais decorrentes de condenação contra a fazenda em causa patrocinada por Defensor Público. Confusão. Aplicação do art. 1.049 do Código Civil.” (REsp nº 469662/RS, 1ª Turma, DJ de 23/06/2003, Rel. Min. LUIZ FUX) 3. Os honorários de advogado nas ações patrocinadas pela Defensoria Pública destinam-se ao próprio Estado. O fato de haver um fundo orçamentário com finalidade específica (criado pela Lei Estadual do RJ nº 1.146/87) é matéria contábil-financeira que não altera a situação jurídica de ser o credor dessa verba a Fazenda Estadual e não a parte ou a própria Defensoria, já que esta não detém personalidade jurídica, sendo órgão do Estado. 4. O destino do produto das receitas do Estado decorrentes de sucumbência nos processos em que seja parte é irrelevante na relação jurídica que trave com terceiros. 5. A Defensoria Pública é órgão estadual, denotando-se a impossibilidade jurídica de acolhimento do pedido da concessão da verba honorária advocatícia, por se visualizar a confusão. 6. Recurso especial provido. REsp 809404 / RJ ; RECURSO ESPECIAL 2006/0006364-5; Relator Ministro JOSÉ DELGADO; Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA; Data do Julgamento: 23/05/2006; Data da Publicação/Fonte: DJ 01.08.2006 p. 384

Finalmente, no que tange à condenação ao pagamento das custas processuais, tenho que também nessa parte deve ser reformada a sentença, sendo imperioso desonerar o ESTADO do pagamento das custas processuais, pois a sentença, nessa parte, afrontou o disposto no artigo 141, §2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual prevê, expressamente, que “as ações judiciais de competência da Justiça da Infância e Juventude são isentas de custas e emolumentos, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé”.

Esse entendimento é também pacífico nesta 7ª Câmara Cível, como se vê:

“AÇÃO ORDINÁRIA. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. MATÉRIA AFETA À JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. PRAZO LEGAL PARA APELAÇÃO. 1. Nos procedimentos afetos à justiça da infância e da juventude, o prazo recursal é de dez (10) dias. Inteligência do art. 198, inc. II, do ECA. Dispondo o ente público do prazo em dobro, quando o recurso ultrapassa o prazo de vinte dias desatende o requisito da tempestividade, que é condição de admissibilidade e não pode ser conhecido. 2. São isentos de pagamento de custas processuais os processos de competência da infância e juventude. Recurso não conhecido. Em reexame necessário retifica-se a sentença.” (APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO Nº 70011852340, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES, JULGADO EM 10/08/2005).

“ECA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. BLOQUEIO DE VALORES. A responsabilidade dos entes públicos, na efetivação do direito à saúde, é solidária, conforme prevê o art. 196 da Constituição Federal. Precedentes desta Corte e do STF. A fixação de multa diária, nos processos em que pleiteada medicação a ser prestada pelo poder público, não tem o condão de assegurar o bem da vida ao paciente e vem a onerar demasiadamente o erário, criando ônus a ser suportado pela sociedade. Honorários advocatícios descabidos em relação ao Estado. Valor reduzido para R\$ 300,00. Afastamento da condenação em custas processuais. Pelo disposto no art. 141, § 2º, ECA, descabe a condenação em custas processuais. Rejeitadas as preliminares, agravo retido prejudicado. Recursos parcialmente providos.” (APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO Nº 70012591699, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MARIA BERENICE DIAS, JULGADO EM 14/10/2005).

“APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO À SAÚDE. ECA. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA. 1. Não ocorre a alegada violação ao contraditório quando os autos somente evidenciam a inércia do apelante que, regularmente citado, deixou transcorrer in albis o prazo contestacional, sem qualquer prova de que lhe tenha sido negado acesso aos autos, o que, aliás, ensejaria recurso próprio apto a sanar a irregularidade. 2. A jurisdição da infância e juventude não comporta cobrança de custas, o que impõe, apenas quanto a este ponto, a reforma da sentença para excluir as custas atribuídas ao Estado. No mais, não merece reparo a sentença que, consagrando a doutrina da proteção integral, condenou o ESTADO fornecer medicamentos de que necessita criança portadora de insuficiência renal. Negaram provimento e, em reexame necessário, confirmaram a sentença, apenas afastando a condenação em custas.” (APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO Nº 70012834271, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, JULGADO EM 23/11/2005).

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. PRIORIDADE ABSOLUTA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SEU TRATAMENTO DE SAÚDE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO E DO MUNICÍPIO, QUE NÃO PODEM SE ESCUSAR DO CUMPRIMENTO DE SUAS OBRIGAÇÕES. VIDA E SAÚDE. DIREITOS QUE SE ENCONTRAM EM PATAMAR SUPERIOR AO DE INTERESSES MERAMENTE PATRIMONIAIS. Segundo os ensinamentos de Ives Gandra da Silva Martins, "o ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que

o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo" (in *¿Caderno de Direito Natural ¿ Lei Positiva e Lei Natural¿*, n. 1, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27). ASTREINTES. DESCABIMENTO. BLOQUEIO DE VALORES NAS CONTAS DO ESTADO. POSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO DA CÂMARA. Afigura-se descabida a cominação de multa por dia de atraso no fornecimento de medicamento, uma vez que tal imposição apenas contribui para o agravamento das finanças públicas, gerando novo ônus a ser suportado por toda a sociedade, sem atingir a efetividade almejada o provimento mandamental. Por outro lado, nos termos de reiteradas orientações desta Câmara, é perfeitamente possível proceder-se ao bloqueio de valores nas contas Estado, uma vez que unicamente tal imposição assegura o resultado prático da prestação jurisdicional, além de não impor ônus a toda a sociedade ante a negativa do agente em não implementar a determinação judicial. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Descabe a fixação de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública, quando sucumbente o Estado do Rio Grande do Sul. REEXAME NECESSÁRIO. ALTERAÇÃO PARCIAL DA SENTENÇA. AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO DO ESTADO AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. É descabida a condenação do Estado ao pagamento das custas processuais, uma vez que se trata de processo afeto à Justiça da Infância e da Juventude, onde as ações são isentas de custas, a teor do disposto no artigo 141, §2º, do ECA. Recurso parcialmente provido, e sentença alterada, em parte, em reexame necessário." (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70012919528, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: RICARDO RAUPP RUSCHEL, JULGADO EM 09/11/2005).

Isto posto, dou parcial provimento ao recurso do Estado.

DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL (REVISOR E REDATOR) – Estou revendo o posicionamento acerca da matéria, rogando vênias para divergir do eminente Relator, pois creio que prospera a irrisignação do Estado.

## FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

### 1. Considerações Acerca do Direito à Saúde

Efetivamente, em nosso ordenamento jurídico, o direito à saúde foi priorizado tanto pelo legislador constituinte quanto pelo legislador infraconstitucional, segundo se infere dos artigos 196 e 227 da CF, artigo 241 da CE, Lei Estadual 9.908/93, e artigo 7º do ECA, entre outros.

Já não se discute, como outrora, a responsabilidade do Estado (gênero) pelo fornecimento de medicamentos àqueles que dos mesmos necessitem, não sendo causas de exclusão da responsabilidade do Poder Público alegações de “falta de dotação orçamentária”, “ofensa o princípio da independência entre os Poderes”, “ofensa à lei de licitações” etc. Nesse sentido, veja-se, apenas exemplificativamente, os seguintes julgados: RE 242859/RS (STF), RE 195192/RS (STF), AC 70006064497 (TJRS), e AC 70011586864 (TJRS).

Por outro lado, não se reconhece, igualmente, uma responsabilidade absoluta e ilimitada por parte do Estado (gênero) na atenção à saúde da população. Assim, na análise de questões envolvendo o direito à saúde, deve o Poder Judiciário pautar a sua atuação com base em dois norteadores, quais sejam, o princípio da reserva do possível, e os critérios de repartição de competências no âmbito da saúde.

### 2. A Reserva do Possível

Na prática, sucede que os limites da reserva do possível não são tão cristalinos, exigindo da autoridade judiciária uma análise que dê à questão um certo grau de objetividade, de modo a que se estabeleça um critério “justo”.

Destarte, inclino-me pelo entendimento de que o Estado (gênero), não é responsável por todo e qualquer serviço relativo à saúde, mas apenas por aqueles a que ele, por meio da legislação infraconstitucional e normas administrativas, expressamente se obrigou, com base em opções políticas daqueles a quem cabe a elaboração, aprovação e execução das políticas orçamentárias (Poder Legislativo e Poder Executivo), a respeito das quais não cabe ao Judiciário se manifestar, sob pena de invadir, sem motivo, o mérito do ato administrativo discricionário e, conseqüentemente, ferir o princípio da separação dos Poderes, previsto pelo artigo 2º da Constituição Federal.

Sabidamente, é dever do Poder Judiciário analisar minuciosamente toda exigência que despenda recursos econômicos do Poder Público.

O Poder Judiciário, diante da carência de recursos para atender a todos os direitos fundamentais constitucionais, os quais em sua maioria implicam em prestações positivas, deve procurar preservar, sempre que possível, a vontade do Administrador Público, sob pena de prejudicar, ou até mesmo inviabilizar, o sistema público de saúde, educação etc.

### 3. Critérios de Repartição de Competências no Âmbito da Saúde

Se por um lado os limites da reserva do possível não são tão cristalinos, por outro, definir-se os limites da competências de cada ente público no âmbito da saúde não é tarefa complexa.

Com efeito, o artigo 196 da CF, ao determinar que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, refere-se a todos os entes da Federação, os quais possuem competência comum no cuidado da saúde da população, nos termos do artigo 23, II, da CF.

A Constituição Estadual, em igual sentido, estabeleceu em seu artigo 241 que “a saúde é direito de todos e dever do Estado e do Município”.

Ocorre, entretanto, que há em nosso ordenamento jurídico normas infraconstitucionais que regulamentam o sistema público de saúde, versando sobre a repartição de competências e atribuições, com o objetivo de descentralizar os serviços, garantindo, assim, uma maior efetividade às políticas públicas destinadas ao atendimento das necessidades de saúde da população. Veja-se, nesse sentido, a Lei 8.080/90, em âmbito Federal, e a Lei 9.908/93, em âmbito Estadual, sem falar nas inúmeras normas de caráter administrativo.

Relativamente à política de assistência farmacêutica, existem “listas de medicamentos” que estabelecem a responsabilidade do Estado e do Município pelo fornecimento daqueles medicamentos ali elencados à população. Assim, compete ao Município o fornecimento dos medicamentos de atenção básica, e ao Estado o fornecimento dos medicamentos especiais e excepcionais.

A respeito do tema, confira-se os seguintes julgados proferidos pela 22ª Câmara Cível desta Corte, os quais vão ao encontro dos argumentos até aqui apresentados: AC 70014211056, AC 70015780901, e AC 70012992020, entre outros.

Destarte, ao se tratar do fornecimento de medicamentos, tenho que devem ser observadas as “listas”, evitando-se que um ente seja onerado com o fornecimento de um fármaco cuja responsabilidade pelo fornecimento não é sua.

### 4. O Caso Concreto

Tecidas as considerações acima, de ordem teórica, porém necessárias à compreensão do julgado, passo à análise do caso concreto, que é o que efetivamente interessa.

Na espécie, buscando a parte agravada o fornecimento do medicamento “Genotropin 12mg”, por ser portadora da “Síndrome de Turner” (CID Q96.0), e não estando tal medicamento no rol previsto pela Portaria n. 238/2006, da Secretaria da Saúde do Rio Grande do Sul, e nem pelas Portarias 921 e 1.318 do Ministério da Saúde, o provimento do recurso é medida que se impõe.

Reconheço entretanto, e com base na lista de medicamentos constante das Portarias 921 e 1.318 do Ministério da Saúde, a responsabilidade do Estado pelo fornecimento do fármaco “Somatotrofina Rec. Hum. 4UI/amp”, que é o genérico, de igual eficácia do que aquele pleiteado pela parte autora, e fornecido gratuitamente pelo Estado do Rio Grande do Sul.

Condiciono o fornecimento, entretanto, ao atendimento dos procedimentos administrativos exigidos pelo Estado para a dispensação do fármaco, de elevado custo e caráter excepcional, ou seja, receituário adequado ao exigido para a liberação do medicamento.

Ademais, recomendo à Defensoria Pública que, em demandas como a presente, oriente a parte para que a mesma traga a receita médica em consonância com as normas administrativas, especialmente no tocante à nomenclatura da medicação, que quase sempre vem na forma comercial, o que é inadequado.

Finalmente, relativamente à questão envolvendo os honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública, tenho que também prospera a irrisignação, nos mesmos termos do voto do eminente Relator.

Por todo o exposto, dou provimento ao recurso.

DES.<sup>a</sup> MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTE) – Acompanho o Des. Ruschel.

DES.<sup>a</sup> MARIA BERENICE DIAS - Presidente - Apelação Cível nº 70018755868, Comarca de Santa Maria: "POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO."

Julgador de 1º Grau: VANDERLEI DEOLINDO.

**Tribunale di Giustizia dello Stato del Rio Grande do Sul, embargos infringentes n. 70029724341, giudicati il 19 giugno 2009**

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO PROPOSTA CONTRA O ESTADO. SOLIDARIEDADE. SAÚDE PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO – ART. 196, CF. LEGITIMIDADE PASSIVA DOS ENTES PÚBLICOS. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA ENTRE A UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS.

1) O Estado do Rio Grande do Sul é parte legítima para figurar no pólo passivo em demanda em que alguém pleiteia o fornecimento de medicamentos, visto que há obrigação solidária entre a União, Estados e Municípios.

2) Os serviços de saúde são de relevância pública e de responsabilidade do Poder Público. Necessidade de preservar-se o bem jurídico maior que está em jogo: a própria vida. Aplicação dos arts. 5º, § 1º; 6º e 196 da CF. É direito do cidadão exigir e dever do Estado fornecer medicamentos excepcionais e aparelhos indispensáveis à sobrevivência, quando o cidadão não puder prover o sustento próprio sem privações. Presença do interesse em agir pela urgência da medida pleiteada.

POR MAIORIA, ACOLHERAM OS EMBARGOS INFRINGENTES.

EMBARGOS INFRINGENTES

11º GRUPO CÍVEL

Nº 70029724341

SANTA VITÓRIA DO PALMAR

MARILENE LIMA DOS SANTOS,

EMBARGANTE;

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL,

EMBARGADO.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes do Décimo Primeiro Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, em acolher os embargos infringentes, vencidas as Desas. Maria Isabel de Azevedo Souza e Rejane Maria Dias de C. Bins.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores DES.<sup>a</sup> MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA, DES.<sup>a</sup> REJANE MARIA DIAS DE CASTRO BINS,

DES.<sup>a</sup> MARA LARSEN CHECHI, DES.<sup>a</sup> LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO, DES. GENARO JOSÉ BARONI BORGES E DES. CARLOS EDUARDO ZIETLOW DURO.

Porto Alegre, 19 de junho de 2009.

DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH,  
Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH (PRESIDENTE E RELATOR)

Trata-se de embargos infringentes interpostos por MARILENE LIMA DOS SANTOS nos autos da Ação Ordinária com pedido de antecipação de tutela movida contra o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, com base no voto vencido da DES.<sup>a</sup> MARA LARSEN CHECHI.

A sentença julgou procedente o pedido formulado pela autora, para condenar o Estado a fornecer os medicamentos postulados na inicial, em seu nome comercial ou genérico, conforme a prescrição médica e enquanto perdurar a moléstia.

A autora e o Estado do Rio Grande do Sul interpuseram recursos. Por maioria, foi dado provimento ao apelo do Estado e julgado prejudicado o recurso adesivo da demandante, dando-se pela improcedência do pedido inicial, condenando a autora ao pagamento das custas e de honorários fixados em R\$ 400,00, suspensa a exigibilidade diante do benefício da gratuidade concedido. O voto minoritário deu parcial provimento ao apelo do Estado e negou provimento ao recurso da autora, para reconhecer a legitimidade do Estado para o fornecimento dos medicamentos solicitados, de forma solidária.

Com o objetivo de ver prevalecer o voto vencido, a autora interpôs os presentes embargos infringentes. Afirma que ajuizou a ação objetivando o fornecimento gratuito e contínuo dos medicamentos necessários ao tratamento pós cirúrgico – cirurgia de histerectomia e ooforectomia. Sustenta que a discordância que enseja o presente recurso refere-se ao dever, por parte do Estado, em solidariedade com o Município, de custear seu tratamento medicamentoso. Aduz que o conflito posto em juízo diz respeito, de um lado, ao seu direito à saúde, constitucional e legalmente assegurado e, de outro, ao direito invocado pelo Estado de bem gerir os recursos necessários à implantação das ações de saúde pública. Assevera que, para a efetiva solução do litígio, deve-se realizar uma confrontação entre os bens jurídicos em conflito, devendo, no caso *sub judice*, prevalecer o direito invocado pela autora, pois de valor real, concreto, presente, em contraposição àquele alegado pelo ora recorrido, uma vez que este se afigura abstrato e genérico. Alega que deve preponderar o direito à vida e à saúde, sempre que este estiver em concreta situação de risco, tendo sido este o entendimento adotado em casos semelhantes. Requer o provimento dos embargos, para o efeito de prevalecer o voto vencido.

O embargado apresentou contrarrazões às fls. 248/251.

O recurso foi recebido à fl. 256 e distribuído a este Relator.

O Ministério Público opinou pelo acolhimento dos embargos, nos termos do voto divergente. É o relatório.

## VOTOS

DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH (PRESIDENTE E RELATOR)

Eminentes Colegas, tenho que merecem ser acolhidos os presentes embargos infringentes, na esteira do voto minoritário.

É evidente a legitimidade do Estado do Rio Grande do Sul para figurar na demanda e o dever de fornecer os medicamentos. Em feitos similares, já se argumentou que a repartição de responsabilidades feita entre os entes municipais, estaduais e a União não é oponível aos cidadãos e às pessoas que, de um modo geral, necessitem de medicamentos.



É o embargado, portanto, responsável solidário, juntamente com a União e o Município, relativamente à obrigação de fornecer medicamentos e/ou tratamento médico a quem deles necessite, não importando ao requerente se o Sistema de Saúde atribui a responsabilidade específica ao Estado pelo fornecimento de fármacos previstos em lista de medicamentos especiais e excepcionais, ou ao Município no tocante aos medicamentos essenciais.

Nesse sentido, o STJ:

**“ADMINISTRATIVO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. RECURSO QUE NÃO LOGRA INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA.**

1. Sendo o Sistema Único de Saúde (SUS) composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade solidária dos aludidos entes federativos, de modo que qualquer um deles tem legitimidade para figurar no pólo passivo das demandas que objetivam assegurar o acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros.

2. Mantém-se na íntegra a decisão agravada quando não infirmados seus fundamentos.

3. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no Ag 886.974/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/09/2007, DJ 29/10/2007 p. 208)

Ainda, importante citar as seguintes decisões:

**“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO (FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS). AÇÃO ORDINÁRIA. BLOQUEIO DE VALORES.** 1.A promoção da saúde constitui-se em dever do Estado, em todas as suas esferas de Poder, caracterizando-se a solidariedade entre União, Estados e Municípios. Exegese dos arts. 5º, XXXV, e 196, ambos da Constituição Federal. Precedentes desta Corte. 2.Mostra-se possível, nos termos do artigo 461, § 5º, do CPC, a determinação de bloqueio de valores correspondentes aos custos dos medicamentos, não se caracterizando malferimento à regra inscrita no artigo 100, da Constituição Federal, em face da garantia de constitucional do direito à vida (CF. art. 196). No caso concreto, não houve determinação da ordem, mas mera advertência, não configurando, também por este motivo, o cabimento do recurso. **NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.**” (Agravo de Instrumento Nº 70023823396, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogério Gesta Leal, Julgado em 11/04/2008).

**“DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDICAMENTOS E SERVIÇOS DE SAÚDE. APLICABILIDADE DO ART. 196, DA CF. LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES ESTATAIS.** O fornecimento gratuito de medicamentos constitui responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios, derivada do artigo 196 da Constituição Federal. Direito ao antecipado fornecimento que decorre da relevância dos interesses protegidos (vida e saúde), inclusive quando a obrigação há de ser prestada por ente de direito público. Precedentes do STF, do STJ e desta 3ª Câmara Cível. **NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.**” (Agravo de Instrumento Nº 70023596877, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 28/03/2008).

**“APELAÇÃO CÍVEL. ECA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES ESTATAIS. DIREITO À SAÚDE.** Legitimidade passiva e Solidariedade Os entes estatais são solidariamente responsáveis pelo atendimento do direito fundamental ao direito à saúde, não havendo razão para cogitar em

*ilegitimidade passiva ou em obrigação exclusiva de um deles. Nem mesmo se o remédio, substância ou tratamento postulado não se encontre na respectiva lista, ou se encontra na lista do outro ente. Direito à Saúde, Separação de Poderes e Princípio da Reserva do Possível. A condenação do Poder Público para que forneça tratamento médico ou medicamento à criança e ao adolescente, encontra respaldo na Constituição da República e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Caso concreto Fornecimento dos medicamentos HGH e NORDITROPIN e RECOMBINANTE HUMANO de uso contínuo, na quantidade prescrita pelo médico ou enquanto perdurar a patologia. HIPOPITUITARISMO, conforme laudo médico. Precedentes jurisprudenciais do STJ e deste TJRS. NEGARAM PROVIMENTO.” (Apelação Cível Nº 70022883383, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 13/03/2008).*

Da mesma forma, decidi em feito similar em que o Estado se dizia parte ilegítima, processo de nº. 70020784088, embargos infringentes, 11º Grupo Cível, julgado em 28/03/2008 e processo de nº. 70022695423, agravo de instrumento, 21ª Câmara Cível, julgado em 05/03/2008.

Cumpra salientar que, pela primeira vez em nossa história, uma Constituição trata expressamente dos objetivos do Estado brasileiro. E, ao fazê-lo, erigiu a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos como objetivos republicanos (art. 3º, I e III). De outra banda, ficou plasmado que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República. E, mais, o direito à vida (art. 5º, *caput*) é direito fundamental do cidadão.

Não é difícil ver-se que não haverá sociedade justa e solidária, tampouco bem comum, se desassistidos restarem aqueles que necessitam da proteção concreta e efetiva do Poder Público.

No artigo 196, a Constituição reza que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Esta norma não há de ser vislumbrada como apenas mais uma regra jurídica inócua e sem efetividade. A saúde é direito de todos, direito inalienável e subjetivo, sendo que, em paralelo, é dever do Estado; se este não age no amparo da diretriz traçada pela regra, o direito à saúde do cidadão não será, por isto, afetado.

Noutras palavras, é preciso que se aja visando a evitar que os princípios e fundamentos da república virem letra morta.

Com precisão, o eminente Des. Genaro José Baroni Borges assim afirmou, quando do julgamento do agravo de instrumento número 70023094410, julgado em 19/03/2008:

*“Como se vê, os serviços de saúde são de relevância pública e de responsabilidade do Poder Público, integrado em uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços federais, estaduais e municipais, o chamado Sistema Único de Saúde, que tem no pólo ativo qualquer pessoa e por objeto o ATENDIMENTO INTEGRAL. De tal sorte, o Poder Público - federal, estadual ou municipal - é responsável pelas ações e serviços de saúde, não podendo, cada um e todos, esquivar-se do dever de prestá-los de forma integral e incondicional. A compensação que ocorrerá internamente entre os entes é questão que somente a eles diz respeito, não podendo atingir a pessoa que necessita do serviço de saúde, devendo o ente, acionado judicialmente prestar o serviço e após, resolver essa inter-regulação.*

*O acesso às ações e serviços de saúde é universal e igualitário (CF - art. 196), do que deriva a responsabilidade solidária e linear dos entes federativos, como já assentou o Supremo Tribunal Federal (RE 195.192/RS- Rel. Min. Marco Aurélio) e ainda mais recentemente, o AgR RE 393175, sob a Relatoria do Min. Celso de Mello, cuja ementa transcrevo:*

*“PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito*

*público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. (Segunda Turma. Julgado em 12/12/2006)."*

Permito-me citar, ainda, o eminente Desembargador Arnaldo Rizzardo, que, com maestria, em feito análogo, capturou bem esta necessidade de se dar efetividade a tais noções. Assim:

*"O direito mais elementar é o da preservação da vida. Por conseguinte, o dever também mais elementar é o de preservar a vida. Decorre deste postulado fundamental a obrigação do Estado em não se omitir em situações de possibilidade de preservação da vida. Frustrar um cidadão do acesso aos medicamentos que preservam a vida é privá-lo da perspectiva de viver".*

Perfeito.

Aliás, o Primeiro Grupo já firmou há tempos, pelo menos desde 1996, posição no mesmo sentido da presente decisão, o que o fez com total acerto, diga-se. A questão, portanto, não é nova.

Rui Portanova (Motivações, p. 111) lembra-nos que *“do Estado (e Poder Judiciário como órgão dele) espera-se a implementação de resultados a que se propôs, influenciando favoravelmente a vida do grupo social e de cada um dos seus componentes. A jurisdição é o momento de implementação, caso a caso, do clima social de justiça que o Estado se propôs a produzir em sociedade”*. A preciosa lição obriga-se a fazer remissão ao art. 3º, I e III da Magna Carta.

Por seu turno, JOSÉ AFONSO DA SILVA ensina:

*“A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam.”* (Curso de Direito Constitucional Positivo – Malheiros – nona ed. pág. 707).

A saúde, friso, é um direito de todos e dever do Poder Público. Assim, não há falar em normas meramente programáticas, até porque, à luz dos arts. 5º, § 1º; 6º e 196, de nossa Constituição Federal, o direito à saúde, como espécie dos direitos sociais, resta incluído entre os direitos e garantias fundamentais e, portanto, tem aplicação imediata.

*Desde há muito, este Colegiado vem entendendo que é direito do cidadão e dever inarredável do Estado (União, Estado e Município) o fornecimento de medicamento de difícil acesso ou tratamento a doentes que dele necessitem para o uso permanente ou por tempo indeterminado. Não podendo fornecê-los, necessário que repasse os recursos financeiros para a sua aquisição, conforme dispõe a Lei Estadual n.º 9.908/93.*

*Compete, portanto, aos referidos entes públicos (União, Estados e Município, solidariamente), dentro dos limites que lhe são impostos, a obrigação de assegurar aos cidadãos o recebimento de medicamentos excepcionais e necessários que não possam ser adquiridos sem que haja comprometimento do sustento próprio e dos dependentes, na forma dos arts. 5º, caput, 6º, 196 e 203 da Constituição Federal e da Lei Estadual n.º 9.808/93. Não há falar, pois, em ilegitimidade passiva.*

A obrigação é solidária entre União, Estados e Município. A urgência do tratamento pleiteado não poderia aguardar uma solução demorada e burocrática sob pena de malferir o texto constitucional.

*Diz a Lei 9.908/93, em seu art. 1º, verbis:*

*“Art. 1º- O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família.*

*Parágrafo único – Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com frequência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente.”*

*Nesse sentido, deve ser prioridade do Estado (lato sensu) a garantia da vida de seus cidadãos, sendo, portanto, incontestável, nos termos do art. 6º da Constituição Federal e da Lei 8.080/90, o seu dever de fornecer aos mesmos condições de sobrevivência, jamais podendo desamparar o enfermo, mormente quando em risco de vida por falta de medicamento ou retardamento no tratamento.*

*Com efeito, o acesso à saúde preconizado na Carta Magna pressupõe direito ao tratamento correto e adequado. Nesse sentido, a Constituição Federal, cuidando dos direitos e garantias fundamentais da pessoa, assegura o direito à vida, à saúde, à previdência social, entre outros. Em seu art. 196 preceitua, ao falar sobre a ordem social, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, sem que se aponte qualquer ressalva. Ainda, afirma que a assistência social será prestada a quem necessitar, independentemente de vínculo com o sistema de seguro social.*

Também, não é demais lembrar que o direito à vida – e conseqüentemente à saúde – é o maior e o primeiro dos direitos assegurados pela Constituição Federal. Trata-se de direito inviolável que pressupõe vida digna, saudável, amparada, física e moralmente íntegra e com assistência médico-hospitalar. Com efeito, tais normas constitucionais protetoras têm eficácia plena e aplicação imediata.

Corroborando com o entendimento supra:

*“EMBARGOS INFRINGENTES. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO A NECESSITADO. LEGITIMAÇÃO PASSIVA DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. O direito à saúde é assegurado a todos, devendo os necessitados receberem do ente público os medicamentos necessários. Aplicação do artigo 196 da Constituição Federal. Estado e Município possuem legitimidade passiva concorrente na demanda visando ao fornecimento de medicamentos a necessitado. Posição do 11º Grupo. Precedentes do TJRS, STJ e STF. Embargos infringentes acolhidos, por maioria. Relatora vencida.” (Embargos Infringentes Nº 70022661367, Décimo Primeiro Grupo Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 25/04/2008)*

*“EMBARGOS INFRINGENTES. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. LEGITIMIDADE. RESPONSABILIDADE. O fornecimento gratuito de medicamentos e demais serviços de saúde constitui responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios, derivada do artigo 196 da Constituição Federal c/c o art. 241 da Constituição Estadual. Precedentes do STF e STJ. Legitimidade do Estado para figurar no feito. Embargos acolhidos.” (Embargos Infringentes Nº 70021086764, Décimo Primeiro Grupo Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 19/10/2007)*

*“EMBARGOS INFRINGENTES. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PODER PÚBLICO. APLICAÇÃO IMEDIATA E INCONDICIONADA DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. Embargos acolhidos.” (Embargos Infringentes Nº 70018779801, Décimo Primeiro Grupo Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 27/04/2007)*

Ante o exposto, acolho os embargos infringentes, para prevalecer o voto minoritário, no sentido de ser legitimado passivo *ad causam* o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

Em face do presente julgamento, deverão os autos retornar à 22ª Câmara Cível para apreciar o recurso adesivo interposto que, pela conclusão da maioria da colenda Câmara, tinha restado prejudicado.

Assim, diante do exposto, acolho os embargos infringentes, para fazer prevalecer o voto minoritário e determino a remessa dos autos à 22ª Câmara Cível em razão desta decisão, para apreciar o recurso adesivo.

É o voto.

DES.<sup>a</sup> LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO (REVISORA) - De acordo com o Relator.

DES.<sup>a</sup> MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA

Desacolho nos termos da fundamentação do voto condutor da maioria na Câmara.

DES.<sup>a</sup> MARA LARSEN CHECHI

Eminentes colegas.

Efetivamente, já se decidiu que, salvo prova da ameaça à vida, a proclamada solidariedade, subjacente à consolidação do sistema público único de saúde no plano constitucional, não importa responsabilidade solidária total e permanente de todos os órgãos da cadeia hierarquizada, competindo a cada gestor a prestação de serviços de assistência e proteção à saúde no âmbito de sua atuação (Federal, Estadual ou Municipal).

Todavia, o entendimento externado em inúmeras decisões dos Senhores Ministros integrantes dos Tribunais Superiores<sup>346</sup>, e acolhido pelo Col. Órgão Especial desta Corte<sup>347</sup>, convergiu para orientação contrária, segundo a qual o Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mesmo se ausente risco à vida, independentemente do debate em torno da competência para a execução dos programas de saúde e de distribuição de medicamentos.

Com tais considerações, acompanho o voto do em. Relator, no sentido do acolhimento dos presentes embargos.

DES.<sup>a</sup> REJANE MARIA DIAS DE CASTRO BINS

Com a vênua dos entendimentos em contrário, mantenho o voto proferido no julgamento da apelação e desacolho os embargos infringentes.

DES. GENARO JOSÉ BARONI BORGES - De acordo com o Relator.

DES. CARLOS EDUARDO ZIETLOW DURO - De acordo com o Relator.

---

<sup>346</sup> “(...) a recusa do Estado (...) representa desrespeito ao disposto no art. 196 da Constituição Federal, que determina ser a saúde direito de todos e dever do Estado. Essa regra constitucional tem por destinatários todos os entes políticos que compõem a organização federativa do Estado brasileiro” (RE n. 547808/RS, relator o Senhor Ministro CEZAR PELUSO, j. em 04.09.2007).

“PACIENTE PORTADOR DE OSTEOMIELOITE CRÔNICA. PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196). PRECEDENTES (STF). RE CONHECIDO E IMPROVIDO. (...) o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa” (RE 557548/MG, relator o Senhor Ministro CELSO DE MELLO, j. em 08.11.2007).

“RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE PORTADOR DO VÍRUS HIV. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. (...) O Sistema Único de Saúde - SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna. Configurada a necessidade do recorrente de ver atendida a sua pretensão, posto legítima e constitucionalmente garantida, uma vez assegurado o direito à saúde e, em última instância, à vida. (...)”. (REsp 684.646/RS, Primeira Turma, relator o Senhor Ministro LUIZ FUX, j. em 05.05.2005, p. 247). Grifei.

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SUS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. PRECEDENTES. (...) A CF/1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda. 4. Agravo regimental não-provido”. (AgRg no Ag 858.899/RS, Primeira Turma, relator o Senhor Ministro JOSÉ DELGADO, j. em 26.06.2007, p. 219). Grifei.

<sup>347</sup> “(...) a compensação entre Municípios, Estados e União dos recursos que um tenha que despender a mais do que o outro, é tarefa de inter-regulação que somente a eles e entre eles dirá respeito, de forma a acomodar as eventuais disparidades ou episódicas onerações excessivas de um determinado ente, mas, sempre, sem repercutir na população que precisa do serviço. Tampouco se pode exigir que se submeta a parte hipossuficiente a contemplar este debate em um processo que contra qualquer um deles promova, relegando o problema prioritário a ser solucionado que é o do pronto atendimento” (Agravo Nº 70025107111, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, relator o Senhor Desembargador ARMÍNIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA, j. em 14.07.2008)

DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH - Presidente - Embargos Infringentes nº 70029724341, Comarca de Santa Vitória do Palmar: "ACOLHERAM OS EMBARGOS INFRINGENTES, POR MAIORIA, VENCIDAS AS DESAS. MARIA ISABEL E REJANE."

Julgador(a) de 1º Grau: MARIA DA GLORIA FRESTEIRO BARBOSA

**STF, intervento federale n. 5.179, giudicato il 30 giugno 2010**

EMENTA: INTERVENÇÃO FEDERAL. Representação do Procurador-Geral da República. Distrito Federal. Alegação da existência de largo esquema de corrupção. Envolvimento do ex-governador, deputados distritais e suplentes. Comprometimento das funções governamentais no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo. Fatos graves objeto de inquérito em curso no Superior Tribunal de Justiça. Ofensa aos princípios inscritos no art. 34, inc. VII, "a", da CF. Adoção, porém, pelas autoridades competentes, de providências legais eficazes para debelar a crise institucional. Situação histórica consequentemente superada à data do julgamento. Desnecessidade reconhecida à intervenção, enquanto medida extrema e excepcional. Pedido julgado improcedente. Precedentes. Enquanto medida extrema e excepcional, tendente a repor estado de coisas desestruturado por atos atentatórios à ordem definida por princípios constitucionais de extrema relevância, não se decreta intervenção federal quando tal ordem já tenha sido restabelecida por providências eficazes das autoridades competentes.

Decisão

Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, rejeitou requerimento do Procurador-Geral da República no sentido de adiar o julgamento da causa, contra os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Em seguida, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), julgou improcedente o pedido, contra o voto do Senhor Ministro Ayres Britto. Falaram, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos; pelo requerido, o Dr. Marcelo Lavocat Galvão, Procurador-Geral do Distrito Federal e, pela Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Dr. Fernando Augusto Miranda Nazaré, Procurador Legislativo. Ausentes, em representação do Tribunal no exterior, a Senhora Ministra Ellen Gracie, licenciado o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau. Plenário, 30.6.2010.

**STF, azione diretta di incostituzionalità per omissione n. 3.682, giudicata il 09 giugno 2007**

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A inércia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei

complementar federal. 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios.

#### Decisão

O Tribunal, por maioria, rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa do Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. Por unanimidade, o Tribunal julgou procedente ação para reconhecer a mora do Congresso Nacional, e, por maioria, estabeleceu o prazo de 18 (dezoito) meses para que este adote todas as providências legislativas ao cumprimento da norma constitucional imposta pelo artigo 18, § 4º, da Constituição Federal, nos termos do voto do Relator, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, que não fixavam prazo. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 09.05.2007.

#### **STF, mandado di ingiunzione n. 725, giudicato il 10 maggio 2005**

EMENTA: Mandado de injunção. 2. Alegada omissão legislativa quanto à elaboração da lei complementar a que se refere o § 4º do art. 18 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 15/1996. 3. Ilegitimidade ativa do Município impetrante. Inexistência de direito ou prerrogativa constitucional do Município cujo exercício esteja sendo obstaculizado pela ausência da lei complementar federal exigida pelo art. 18, § 4º, da Constituição. 4. Mandado de injunção não conhecido.

#### Decisão

O Tribunal, por maioria, não conheceu do mandado de injunção, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Carlos Britto na questão do conhecimento para julgá-lo improcedente. Presidiu o julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 10.05.2007

#### **STF, azione diretta di incostituzionalità n. 1140-5, giudicata il 03 febbraio 2003**

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO: COMPETÊNCIAS RESERVADAS. ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE TEXTOS DE LEI COMPLEMENTAR E DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE RORAIMA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 49, IX, 71, I E II, 73, "CAPUT" E 96, C/C ARTIGO 75 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Está parcialmente prejudicada a presente Ação, no ponto em que impugna os artigos 1º, inciso II, e 38, ambos da Lei Complementar nº 6, de 24.06.1994, cuja redação foi, posteriormente à propositura, alterada pela Lei Complementar nº 12, de 11.09.1995. 2. A Emenda Constitucional nº 2, de 10.06.1994, deu nova redação ao inciso III e acrescentou o inciso IV ao art. 33 da Constituição do Estado de Rondônia, nestes termos: "Art. 33 - É da competência exclusiva da Assembléia Legislativa: III - julgar as contas do Tribunal de Contas do Estado, do Tribunal de Justiça e do Ministério Público; IV - julgar as contas do Poder Legislativo apresentadas obrigatoriamente pela Mesa;" 3. A mesma E.C. 2/94 acrescentou parágrafo único e o inciso I ao art. 49 da Constituição Estadual deste teor: "Parágrafo Único - Compete ao Tribunal de Contas do Estado: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Governador do Estado e pelo Presidente da Assembléia Legislativa mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar do seu recebimento". 4. Tais normas e expressões atribuíram à Assembléia Legislativa do Estado de



Roraima competências que a Constituição conferiu, no plano federal, ao Tribunal de Contas da União e, no plano estadual, ao Tribunal de Contas da unidade da Federação, entre elas a de julgar as contas do Tribunal de Contas, do Tribunal de Justiça, do Ministério Público, e do Poder Legislativo do Estado (artigos 71, II, 75 e 25 da Constituição Federal). 5. Precedentes. 6. Ação Direta julgada procedente, pelo S.T.F., declarando a inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 33, bem como da expressão "e pelo Presidente da Assembléia Legislativa", constante do inciso I do parágrafo único do art. 49, todos da Constituição do Estado de Roraima, com a redação dada pela E.C. nº 2, de 10.06.1994.

#### Decisão

O Tribunal, por unanimidade, declarou parcialmente prejudicada a ação direta, no ponto em que impugnou os artigos 1º, inciso II, e 38, ambos da Lei Complementar nº 06, de 24 de junho de 1994, cuja redação foi, posteriormente à propositura, alterada pela Lei Complementar nº 012, de 11 de setembro de 1995, ambas do Estado de Roraima. E, por maioria, julgou procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade dos incisos III e IV do artigo 33 e da expressão "e pelo Presidente da Assembléia Legislativa", constante do inciso I do parágrafo único do artigo 49, todos da Constituição do Estado de Roraima, considerada a redação imprimida pela Emenda Constitucional nº 02, de 10 de junho de 1994, vencido o Presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio, no que excluía da declaração de inconstitucionalidade, no inciso III do artigo 33, a expressão "julgar as contas do Tribunal de Contas do Estado", e o inciso IV do artigo 33, bem como concluiu pela improcedência quanto à expressão "e pelo Presidente da Assembléia Legislativa", constante do inciso I do parágrafo único do artigo 49. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Velloso. Plenário, 03.02.2003.

---