

Prove tecniche di sopravvivenza dell'ordinamento costituzionale

Il Supremo Tribunale Federale brasiliano e le multiformi problematiche della pandemia* Aristide Canepa**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Giurisdizionalizzazione della salute e vaccinazione. – 3. Giurisdizionalizzazione della salute e federalismo. – 4. Giurisdizionalizzazione della salute e inazione del governo federale. – 5. Conclusioni.

ABSTRACT:

Il lavoro analizza alcune recenti decisioni del Supremo Tribunale Federale brasiliano in materia di vaccinazioni e di misure di contrasto alla pandemia di COVID-19, rilevando come quest'ultima abbia causato un'ulteriore intensificazione del processo di giurisdizionalizzazione delle politiche in materia di salute, già in corso da tempo nella vigenza della Costituzione federale del 1988. A ciò ha particolarmente contribuito la resistenza opposta dall'amministrazione Bolsonaro all'adozione e all'implementazione delle misure raccomandate dall'OMS. Il conseguente contenzioso ha riguardato moltissimi aspetti delle politiche sanitarie. Le decisioni analizzate riguardano in particolare la questione delle vaccinazioni, quella del ruolo dei diversi livelli territoriali di governo nell'azione di contrasto al COVID-19 e quella della prolungata inazione governativa.

The work deals with some recent decisions of the Brazilian Federal Supreme Court about vaccination and other measures against COVID-19. The study notices that the pandemic brought about a further increasing of the process of health policies judicialization, that has already been in progress for a long time, since 1988 federal Constitution entered into force. Such a process was strengthened by the resistance Bolsonaro administration opposed to both adoption and implementation of anti-pandemic measures recommended by WHO. Resulting trials concerned a great number of items related to health policies. The work focuses especially on decisions dealing with vaccination, the role

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. Le citazioni testuali dal portoghese sono tradotte dall'Autore. Salvo diversa specificazione, la data di ultima consultazione dei siti citati è il 9 gennaio 2022.

** Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università di Genova, aristide.canepa@unige.it.

of Union, states and municipalities in the struggle against COVID-19, as well as with Government's long-lasting inaction.

1. Introduzione

In tutto il mondo, la crisi causata dalla pandemia di COVID-19 ha portato alla luce l'effettivo stato di organizzazione e funzionamento dei sistemi sanitari pubblici (ove esistenti), ma anche, in senso più ampio, dei sistemi istituzionali ed amministrativi da cui i primi dipendono.

Le misure emergenziali di prevenzione, confronto e contenimento della pandemia hanno inciso potentemente sui sistemi delle fonti del diritto, sui rapporti tra Stato centrale (o federazione) ed autonomie locali (o Stati membri), ma persino sui rapporti tra i poteri dello Stato e, pertanto, sulla forma stessa di governo¹. In un certo senso, si può sostenere che la crisi sanitaria abbia costituito anche una cartina di tornasole della salute (o delle patologie) delle istituzioni costituzionali ed amministrative e dei sistemi politici e di partito che le innervano e ne determinano il funzionamento concreto.

Nella maggior parte delle democrazie consolidate, i giuristi, l'opinione pubblica e i mezzi di comunicazione hanno dato particolare rilievo agli elementi di parziale limitazione di diritti e libertà costituzionalmente garantiti, contenuti in numerose delle misure anti-COVID-19 adottate dai governi e dai parlamenti, nonché al dibattito sul bilanciamento tra tali compressioni e la necessaria tutela del diritto – individuale e collettivo – alla salute².

Ugualmente, si è osservata generalmente una tendenza all'accentramento delle competenze decisionali in materia di lotta al COVID-19 nelle mani del governo centrale/federale, con conseguente riduzione, da un lato, di alcuni elementi di autonomia degli enti locali e/o regionali/statali e, d'altro lato, dei poteri e delle possibilità di controllo dei parlamenti;

¹ La letteratura in materia è vastissima. Ci si limita in questa sede a citare due tra i primi contributi che hanno cercato di offrire una panoramica comparata di ampio spettro: T. GINSBURG, M. VERSTEEG, *The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic*, Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2020-52, disponibile on-line all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3608974#; e J.M. SERNA DE LA GARZA (COORD.), *Covid-19 and Constitutional Law*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020. Si rinvia poi ai moltissimi contributi raccolti nel sito *Comparative Covid Law*, curato dall'Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, dall'Associazione Italiana di Diritto Comparato e dalla Società Italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato (<https://www.comparativecovidlaw.it>).

² V. per es., tra i tanti, nella dottrina italiana, M. D'AMICO, *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2020, n. 3, pp. 31-52; L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *DPCE online*, 2020, n. 2, pp. 1491-1510 (e bibliografia ivi citata); A. PIN, *Giudicare la pandemia con la proporzionalità. Le misure anti-Covid-19, il vaglio giudiziario e il diritto comparato*, ivi, pp. 2581-2595; F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza COVID-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2020, (con diversi contributi in materia). Sull'America latina, v. I. SPIGNO, *Emergenza sanitaria vs. emergenza costituzionale in America latina: una prospettiva comparata*, in *DPCE online*, 2020, n. 2, pp. 2217-2245; N. GONZÁLEZ MARTÍN, D. VALADÉS (COORD.), *Emergencia sanitaria por COVID-19. Derecho constitucional comparado*, México, UNAM, 2020.

e non sono neppure mancati casi in cui l'indubbia necessità emergenziale legata al COVID-19 abbia costituito il paravento per il perfezionamento di un progetto autoritario già in corso, come ad es. in Ungheria³.

In numerosi Stati composti (regionali o federali), poi, ma persino negli Stati unitari⁴, a questa tendenza si è però affiancata, soprattutto all'inizio della crisi, una preoccupante carenza di coordinamento e cooperazione⁵, che ha portato all'adozione di misure talvolta contraddittorie, talvolta eccedenti le competenze del soggetto decisore⁶, talaltra inutilmente ripetitive e superfetatorie da parte dei diversi livelli di governo.

Naturalmente, tanto il bilanciamento tra diritto alla salute e altri diritti, quanto la ripartizione delle competenze tra i livelli di governo, quanto ancora gli eventuali conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, ove non efficacemente gestiti attraverso la mediazione politica e la cooperazione istituzionale, trovano come proprio naturale risolutore il giudice (e sovente il giudice costituzionale, laddove esista). Ed infatti, una delle più visibili conseguenze istituzionali della pandemia è identificabile, per lo meno in alcuni momenti, proprio nella moltiplicazione degli interventi giudiziari in un settore – quello della salute – che per sua natura dovrebbe essere invece oggetto principalmente di politiche pubbliche e solo in casi relativamente ridotti di pronunce giurisdizionali.

Peraltro, l'emergenza COVID-19 ha accelerato ed evidenziato questo processo, ma è ben lungi dall'averlo creato. La crescente giurisdizionalizzazione delle politiche pubbliche (e talvolta della politica stessa) costituisce un processo in continuo sviluppo nelle democrazie contemporanee⁷ e su di esso influiscono certamente numerosi fattori istituzionali e di

³ V. in proposito, per es., S. BENVENUTI, *L'Ungheria di fronte all'emergenza da Covid-19: debolezza del quadro giuridico, militarizzazione dell'emergenza e controversie sulle misure economiche*, in *Nomos*, 2020, n. 1, disponibile all'indirizzo <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/nomos/ungheria-simoe-benvenuti-lungheria-di-fronte-allemergenza-da-covid-19-debolezza-del-quadro-giuridico-militarizzazione-dellemergenza-e-controversie-sulle-misure-economiche/>; T. DRINÓCZI – A. BIEN-KACALA, *COVID-19 in Hungary and Poland: extraordinary situation and illiberal constitutionalism*, in *The Theory and Practice of Legislation*, vol. 8, 2020, nn. 1-2, pp. 171-192; J. SAWICKI, *La pandemia Covid-19, in Polonia e in Ungheria, come possibile occasione per intensificare la mutazione illiberale delle istituzioni*, in *DPCE online*, 2020, n. 2, pp. 1963-1983.

⁴ Si vedano i diversi esempi di *arrêts* sindacali in Francia, incorsi nell'annullamento ad opera del Governo o della giustizia amministrativa, citati in A. CIAMMARICONI, *Le ordinanze emergenziali delle autorità locali: riflessioni a margine delle esperienze di Italia e Francia*, in *DPCE online*, 2020, n. 2, pp. 2407-2428.

⁵ V. ad es., sul caso statunitense, E. MOSTACCI, *COVID vs. Trump, presente il primo violino, si attende il direttore d'orchestra*, in L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata* (aggiornato al 5/5/2020), pp. 124-152, nell'Osservatorio Emergenza Covid della rivista *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo <https://www.federalismi.it/ApplyOpenFilePDF.cfm?artid=41288&dpath=document&dfile=06052020213130.pdf&content=I%2Bdiritti%2Bcostituzionali%2Bdi%2Bfronte%2Ball%27emergenza%2BCovid%2D19%2E%2BUna%2Bprospettiva%2Bcomparata%2E%2B%28aggiornato%2Bal%2B5%2F5%2F2020%29%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bpaper%2B%2D%2B>

⁶ V. per es. l'ordinanza n. 105 del 5 aprile 2020 del Sindaco di Messina, volta a far registrare su apposito portale tutti coloro che volevano entrare in Sicilia attraverso lo stretto di Messina, oggetto di annullamento straordinario da parte del Governo, su cui v. A. CIAMMARICONI, *op. cit.*, pp. 2413-2417. In generale, v. G. SCACCIA, C. D'ORAZI, *La concorrenza fra Stato e autonomie territoriali nella gestione della crisi sanitaria fra unitarietà e differenziazione*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *op. cit.*, pp. 105-116.

⁷ V. per es. N. TATE, T. VALLINDER, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, 1995. Nella letteratura scientifica brasiliana, R. BRANDÃO, *A Judicialização da Política: teorias, condições e o caso brasileiro*, in *Revista de Direito Admi-*

cultura politica, in relazione ai quali, ai fini del presente lavoro, può giovare ricordare, ad es., che la presenza o meno di strumenti di mediazione e cooperazione istituzionale, nonché la maggiore o minore volontà politica di utilizzarli, condizionata dalla configurazione di democrazia (includente secondo il modello kelseniano oppure leaderistico-decidente, secondo il modello schmitt-gaulliano) prevalente nella cultura politica degli attori istituzionali, possono determinare un livello minore o maggiore di conflittualità istituzionale, destinata a sfociare nell'uso degli esistenti strumenti giurisdizionali di risoluzione dei conflitti di attribuzione e di competenza; che il grado di estensione e di dettaglio del testo costituzionale nella disciplina dei principi fondamentali e dei diritti, in particolare di quelli sociali e di prestazione, influenza direttamente le occasioni e le possibilità di ricorso agli strumenti di controllo sulla costituzionalità delle leggi, perché il maggior dettaglio della Costituzione moltiplica il rischio che le disposizioni sub-costituzionali applicative infrangano una od altra disposizione costituzionale; che il numero, la varietà e l'accessibilità dei rimedi giurisdizionali approntati dall'ordinamento a tutela dei diritti stessi (specie se agevolmente accessibili ai singoli o alle formazioni sociali), nonché l'estensione del relativo campo di applicazione, se da un lato comportano estensione delle possibilità di tutela dei diritti, si traducono inevitabilmente dall'altro lato in una moltiplicazione delle possibilità di ricorso al giudice, costituzionale o meno.

Non può quindi stupire che l'ordinamento costituzionale brasiliano risulti ad oggi uno di quelli che più hanno sofferto di fronte alla prova della pandemia, sia per motivi sistemici che per contingenze politiche.

Sul primo punto, se infatti le istituzioni brasiliane accolgono (come si vedrà meglio *infra*) un modello di federalismo pienamente improntato alla logica cooperativa, sul piano della forma di governo federale, però, si caratterizzano per la acritica ripresa della forma di governo presidenziale tipica della storia latino-americana. Orbene, il governo presidenziale si denota, anche nelle sue migliori riuscite, per la tendenziale assenza di meccanismi istituzionali atti a comporre l'eventuale conflitto politico tra Potere esecutivo e legislativo, demandando così ogni soluzione alla mediazione politica e dipendendo quindi dalla propensione in tal senso del personale politico, come si è drammaticamente verificato negli ultimi anni persino negli Stati Uniti, non appena è aumentato il tasso di polarizzazione ideologica del sistema politico (si pensi ai frequenti rischi di blocco del bilancio durante l'amministrazione Obama e, da ultimo, ai due tentativi di *impeachment* e alle vicende che hanno accompagnato la mancata rielezione del Presidente Trump). Il caso ha voluto che la pandemia di COVID-19 si verificasse in Brasile proprio durante l'amministrazione del Presidente Jair Messias Bolsonaro, caratterizzata fin dagli inizi da una marcata sottolinea-

nistrativo, n. 263/2013, pp. 251-290, consultabile anche all'indirizzo <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10648>; e specificamente sulla giurisdizionalizzazione della salute, E.C.S. ANJOS, D.C. RIBEIRO, L.V. MORAIS, *Judicialização da saúde: uma revisão sistemática de literatura das iniciativas de diálogo institucional intersetorial*, in *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, 2021, n. 1, pp. 113-128 e la bibliografia ivi indicata.

tura ideologica del proprio rifiuto degli stessi valori fondanti della Costituzione federale del 1988 (d'ora in avanti CF), dal tentativo di accentrare poteri nelle mani dell'Esecutivo federale a scapito sia degli altri poteri dell'Unione che degli enti della federazione, e dal tendenziale rifiuto della logica della mediazione politica, in quella prospettiva di riduzione della democrazia al raccordo diretto popolo-*leader* che sembra costituire il *leitmotiv* istituzionale di tutti i movimenti populistici che si stanno ritagliando spazio nelle democrazie contemporanee⁸.

Sul secondo punto, si può notare come la CF del 1988 costituisca in certo qual modo la capofila e la prima compiuta espressione di molti degli aspetti del recente costituzionalismo latino-americano⁹, successivo alla caduta dei regimi militari che avevano insanguinato gli anni '60-'80 del secolo scorso, nel quale il tentativo di passare compiutamente dallo Stato liberale alla democrazia sociale si è generalmente accompagnato all'adozione di testi costituzionali di eccessiva lunghezza, un po' come se, finalmente liberi dalla compressione autoritaria e militare, i costituenti avessero voluto dare garanzia giuridica a tutte le aspirazioni di libertà, di autogoverno e di giustizia sociale dei cittadini, redigendo testi onnicomprensivi e miranti ad impedire qualsiasi possibilità di arretramento rispetto alle acquisizioni democratiche e sociali compiute¹⁰, anche se spesso ciò si accompagna ad un ribadimento martellante e retorico dei concetti espressi. La CF brasiliana è comunemente nota come *Constituição cidadã* (Costituzione cittadina), secondo una fortunata definizione del Presidente dell'Assemblea Costituente Ulysses Guimarães, in quanto mira all'instaurazione di una democrazia partecipativa e sociale avanzata, fondata sull'idea che l'intero processo di *policy-making* all'interno delle istituzioni (e non solo la scelta dei loro titolari come accade con le elezioni, o il momento della decisione finale come accade coi *referendum*) debba vedere la partecipazione dei cittadini, in una prospettiva di crescente integrazione costituzionale¹¹. Ne derivano però due conseguenze: da un lato, un testo eccessivamente lungo e dettagliato: a tutt'oggi (gennaio 2022), la Costituzione brasiliana contiene 250 articoli e 118 disposizioni transitorie; inoltre, molti dei singoli articoli sono

⁸ Sul Presidente Bolsonaro e la politica da lui seguita in materia di pandemia v., tra i tanti, L.A. NOCERA, *L'emergenza COVID-19 in Brasile e l'atteggiamento negazionista di Bolsonaro*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società*, 2020, n. 1, pp. 268-280.

⁹ Su questa caratteristica della CF, v. A. CANEPA, *La Costituzione brasiliana nel costituzionalismo latino-americano contemporaneo*, in L. FALDINI (a cura di), *Viaggio brasiliano: storie, forme, luoghi. Confronti interdisciplinari*, Milano, ed. del Gattaccio, 2020, pp. 309-327 [e-book]. Sul recente costituzionalismo latino-americano, v. E. ROZO ACUÑA, *Il costituzionalismo in vigore nei Paesi dell'America Latina*, Torino, Giappichelli, 2012.

¹⁰ È stato giustamente notato come, sebbene la maggioranza presente nell'Assemblea costituente brasiliana fosse sostanzialmente moderata, l'Assemblea stessa «si presentò in diversi momenti come veicolo del sentimento popolare e volle collocarsi, in relazione a numerosi punti, come antitetica al precedente regime militare» (B. LAMOUNIER, *Da Independência a Lula: dois séculos de política brasileira*, S. Paulo, Augurium, 2005, p. 188).

¹¹ V. in proposito H. BERTOT TRIANA, *Reflexiones sobre la participación política en la orientación de un proceso de desalienación social*, in G. GONZÁLEZ ORQUERA-Y. PÉREZ MARTÍNEZ (COORD.), *Participación política. Reflexiones desde el Sur*, 2 tt., Quito, TCE-Universidad de La Habana, 2014, pp. 77-104; F. SANTANA LESCAILLE, *La soberanía y la participación ciudadana en los espacios integrados. El nudo gordiano del Derecho de Integración*, ivi, pp. 153-174.

spesso a loro volta lunghissimi e dettagliatissimi. L'esempio forse estremo, ma certo non unico, è ravvisabile nell'art. 5, che da solo esaurisce il primo capitolo (Diritti e doveri individuali e collettivi) del titolo II (Diritti e garanzie fondamentali): esso è costituito da un principio (*caput*) e 4 paragrafi, ma il principio contiene un elenco di 78 punti, ciascuno dei quali sarebbe in grado di costituire un articolo a sé. D'altro lato, le disposizioni costituzionali in materia di diritti e prestazioni sociali non si esauriscono nel catalogo dei diritti, ma vengono riprese con ulteriore approfondimento nel titolo VIII CF (artt. 193-232), dedicato all'«ordinamento sociale», che tratta diffusamente e con dovizia di particolari i contenuti, le modalità e le strutture organizzative per realizzare le politiche pubbliche necessarie al perseguimento dei fini sociali costituzionali, caratterizzando quindi il testo in senso accentuatamente programmatico.

Sul terzo punto, la CF del 1988 ha cercato di ampliare le garanzie dei diritti costituzionali tramite l'adozione di un sistema misto che ha affiancato al controllo diffuso di costituzionalità, esercitabile da tutti i giudici, anche diversi istituti di controllo accentrato (artt. 102, I, lett. a); 103, § 2; e 36, III), comprendenti, oltre al ricorso diretto di incostituzionalità su leggi e atti normativi federali e statali (*Ação Direta de Inconstitucionalidade*, ADI), anche il ricorso di incostituzionalità per omissione (*Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão*, ADO) e il ricorso volto ad ottenere – invece – la dichiarazione di conformità costituzionale di una legge o atto normativo federale (*Ação Declaratória de Constitucionalidade*, ADC). Di particolare interesse nella prospettiva del presente studio è poi un'ulteriore forma di ricorso, l'accusa di inattuazione di precetto fondamentale (*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, ADPF)¹², che consente un ricorso non solo contro atti normativi ma contro qualsiasi atto di un potere pubblico per evitare anticipatamente o rimediare a posteriori alla sua eventuale violazione di precetti fondamentali della CF, con notifica dei contenuti necessari all'organo responsabile dell'atto in oggetto. Assegnando la titolarità di questi giudizi al Supremo Tribunale Federale (STF), che fino a quel momento era stato a tutti gli effetti una corte suprema, la Costituzione gli ha dato una centralità particolare nei meccanismi di tutela della Costituzione, come riconosciuto dallo stesso art. 102, secondo cui al STF compete «precipuamente, la tutela della Costituzione». Tuttavia, alle funzioni di controllo costituzionale il STF continua ad affiancare competenze da corte suprema, sia in materie che conosce in via esclusiva, sia in altre che conosce in appello o per ricorso straordinario (v. art. 102). Va poi notato che, mentre le decisioni del STF nel ricorso diretto di incostituzionalità, in materia di dichiarazione di conformità costituzionale e nell'accusa di inattuazione di precetto fondamentale hanno valore *erga omnes*, non così è per le decisioni conseguenti ad appelli o ricorsi straordinari o provenienti da corti inferiori, ancorché relative a questioni di costituzionalità: in tal caso, infatti, solo dopo

¹² Su cui v. A.R. TAVARES, *Tratado da arguição de preceito fundamental: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99*, S. Paulo, Saraiva, 2001.

ripetute decisioni sulla stessa norma, e a maggioranza di due terzi dei propri componenti, il STF potrà approvare una massima (*súmula*) destinata ad imporsi agli altri giudici ed alle amministrazioni e delimitante la validità, l'interpretazione e l'efficacia della norma in esame (art. 103-A Cost., introdotto con l'emendamento costituzionale n. 45 del 30 dicembre 2004). A fianco della moltiplicazione degli strumenti costituzionali (e della disciplina, a volte incongrua, delle rispettive procedure), va infine sottolineato come la legittimazione all'attivazione di quelli tra essi che funzionano in via principale sia molto ampia, non limitandosi solo a soggetti delle istituzioni politiche in senso stretto, ma venendo ampliata a soggetti delle istituzioni giudiziarie e di garanzia (come il Procuratore Generale della Repubblica) ed a soggetti sociali il cui intervento possa essere considerato funzionale alla tutela di importanti valori costituzionali, come il Consiglio Federale dell'Ordine degli Avvocati del Brasile, i partiti politici rappresentati nel Congresso, le organizzazioni sindacali e di categoria di dimensione nazionale (art. 103 CF).

L'insieme dei fattori fin qui esposti ha contribuito a che l'esperienza del COVID-19 causasse un'ulteriore impennata nel già consistente processo di giurisdizionalizzazione delle politiche di salute. All'inizio del novembre 2021, chi avesse svolto una ricerca per parole-chiave connesse col COVID-19 sulla banca dati gestita dal *Conselho da Justiça Federal* avrebbe trovato più di ottomila decisioni giurisprudenziali in materia¹³, diverse delle quali hanno avuto come protagonista il STF, data la sua posizione centrale nell'interpretazione costituzionale. L'atteggiamento "negazionista" ed anti-scientifico adottato dal Presidente Bolsonaro, con la sistematica sottovalutazione della pandemia e la subordinazione delle esigenze di tutela della salute pubblica a quelle del regolare funzionamento delle attività economiche, ha inevitabilmente suscitato conflitti di competenza e accuse di violazione – tra gli altri – del diritto alla tutela della salute («dovere dello Stato» secondo l'art. 196 CF), determinando in sede giudiziaria il ricorso a tutti gli strumenti giurisdizionali messi a disposizione dall'ordinamento¹⁴ e in sede politica l'avvio di una Commissione Parlamentare d'Inchiesta sulla pandemia da parte del Senato federale (d'ora in avanti CPI)¹⁵, la cui ampia e documentata relazione finale, approvata il 26 ottobre 2021, costituisce un impressionante e doloroso atto d'accusa all'intera attuazione dell'Esecutivo federale in materia.

Il presente lavoro non ha e non potrebbe avere l'ambizione di costituire una panoramica complessiva sulla giurisdizionalizzazione della salute durante la crisi pandemica in Brasile

¹³ Lo attesta E.B.S. MOREIRA, *Covid, vacinação e as decisões do Supremo Tribunal Federal*, in Migalhas, 12 nov. 2021, disponibile all'indirizzo web <https://www.migalhas.com.br/depeso/354815/covid-vacinacao-e-as-decisoes-do-supremo-tribunal-federal>

¹⁴ Si può ad es. rilevare una moltiplicazione delle accuse per inattuazione di precetto fondamentale (ADPF), che ancora pochi anni fa un'autorevole dottrina definiva un «istituto ... utilizzato in modo molto limitato, se comparato all'azione diretta di incostituzionalità e all'azione declaratoria di costituzionalità» (U.L. BULOS, *Constituição federal anotada*, S. Paulo, Saraiva, VII ed., 2007, p. 1029).

¹⁵ Senado Federal, CPI da Pandemia, *Relatório final*, Brasília, Senado Federal, 2021, reperibile sul sito del Senato federale, all'indirizzo <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2441>

(cosa che richiederebbe una o più tesi di dottorato). Si è solo cercato di sottolineare la portata ed il contenuto di alcune pronunce del STF giustamente evidenziate anche dalla dottrina brasiliana, in relazione ad alcuni temi legati alla pandemia, in particolare quello delle vaccinazioni, quello delle relazioni tra gli enti della federazione e quello dell'inazione del governo federale.

2. Giurisdizionalizzazione della salute e vaccinazione

Uno dei temi più caldi del dibattito politico e giuridico in tutto il mondo è stato, dal momento in cui i primi vaccini si sono resi disponibili, quello sulla liceità o meno di misure che prevedano la vaccinazione obbligatoria come strumento di contrasto alla diffusione del COVID-19.

Naturalmente, la questione è risultata di estrema importanza anche nel contesto brasiliano, già segnato storicamente dal caso della *Revolta da Vacina*, una serie di moti popolari scoppiati nel 1904 a Rio de Janeiro contro le politiche di riforma e di risanamento urbanistici del Presidente Rodrigues Alves e del Direttore generale della salute pubblica, Oswaldo Cruz, tra le quali si era inserita proprio la previsione della vaccinazione obbligatoria contro il vaiolo, che costituì il detonatore della rivolta, pur non essendone affatto la causa unica e primaria¹⁶. Sebbene le autorità brasiliane avessero successivamente lavorato per la sensibilizzazione della popolazione e la diffusione dell'immunizzazione e reintrodotta la vaccinazione obbligatoria, per lo meno nei casi di insorgenza di focolai della malattia, appare plausibile sostenere che una delle conseguenze della *Revolta* possa essere considerata proprio il ritardo con cui il Brasile si trovò ad essere l'ultimo Paese americano da cui il vaiolo fu eliminato, risultato che venne attestato solo nel 1973¹⁷. È però importante riflettere sul fatto che le modalità di applicazione delle misure del 1904 sembrano aver inciso sulla reazione popolare non meno che il loro contenuto: in una prospettiva sostanzialmente di mero ordine pubblico, infatti, era dato potere alle autorità sanitarie di entrare nelle abitazioni anche contro la volontà dei residenti e di internare chi rifiutasse la vacci-

¹⁶ Sui fatti del 1904, v. N. SEVCENKO, *A revolta da vacina*, Porto Alegre, Scipione, 1993; J. BENCHIMOL, *Reforma urbana e Revolta da Vacina na cidade do Rio de Janeiro*, in J. FERREIRA, L.A.N. DELGADO (ofg.), *Brasil Republicano, vol. 1. O tempo do liberalismo excludente: da Proclamação da República à Revolução de 1930*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, pp. 231-285. Peraltro, ricorda J.H.S. LIMA, *A vacinação obrigatória na perspectiva do Supremo Tribunal Federal*, in *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, 2021, n. 1, pp. 233-247 (237), che la vaccinazione obbligatoria contro il vaiolo era stata già prevista da leggi federali nel 1837 per l'infanzia e nel 1846 per gli adulti. Tuttavia, le leggi in questione non avevano realmente incontrato applicazione.

¹⁷ V. in proposito T.M.D. FERNANDES, D.C. CHAGAS, E.M. DE SOUZA, *Variola e vacina no Brasil no século XX: institucionalização da educação sanitária*, in *Ciência & Saúde Coletiva*, 2011, n. 2, pp. 479-489.

nazione stessa, il tutto senza un efficace accompagnamento di misure di informazione ed educazione sanitaria¹⁸.

Orbene, nel caso del COVID-19, l'art. 3 della l. n. 13.979, del 6 febbraio 2020, contenente «misure per affrontare l'emergenza internazionale per la salute pubblica dipendente dal coronavirus ...», prevede, tra le diverse misure che possono essere adottate dalle autorità competenti, la «realizzazione obbligatoria di ... vaccinazione ed altri strumenti di profilassi». L'ipotesi era quindi stata prevista dalla legge a titolo astratto, ben prima che i vaccini per il coronavirus fossero concretamente messi a punto, cosa che ha naturalmente costretto in seguito il legislatore ad ulteriori interventi di emendamento della stessa l. n. 13.979, per disciplinare adeguatamente le procedure di scelta e di somministrazione dei vaccini stessi.

L'ipotesi di prescrizione di vaccinazioni obbligatorie ha generato due ricorsi di *ação direta de inconstitucionalidade* (ADI), ai sensi dell'art. 102, I, lett. a), della Costituzione federale (CF), le ADI nn. 6.586 e 6.587, ad opera di due partiti politici¹⁹. Contestualmente e nella stessa data, il 17 dicembre 2020, il STF ha risolto anche l'*agravo em recurso especial* (ARE) n. 1.267.879²⁰, interposto da una coppia di genitori vegani che si opponeva all'obbligo di vaccinare i figli già sancito a suo carico dal Tribunale di Giustizia dello stato di S. Paulo; in questo caso, non si trattava di vaccino anti-COVID, ma delle normali vaccinazioni infantili previste come obbligatorie dalla l. n. 6.259 del 30 ottobre 1975, istitutiva del Programma Nazionale di Immunizzazione.

Non era certo la prima volta che il STF si trovava a decidere sulla costituzionalità di misure sanitarie obbligatorie. Così, per es., nelle more della crisi scatenata dalla succitata *Revolta da Vacina*, il STF aveva considerato incostituzionale una disposizione di natura regolamentare che autorizzava «le autorità sanitarie a penetrare, eventualmente con l'aiuto delle forze dell'ordine, in abitazione privata per portare a termine operazioni di spurgatura»²¹. Negli anni Venti, però, lo stesso STF aveva ritenuto costituzionali restrizioni alle libertà individuali motivate da esigenze di salute pubblica, purché previste da una legge (e non più da disposizioni regolamentari)²² e nel 1926 aveva annullato una decisione di *habeas corpus* concessa da un giudice federale del Maranhão contro la vaccinazione anti-vaiolo-

¹⁸ V. in proposito J.M. DE CARVALHO, *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a Republica que nao foi*, S. Paulo, Companhia das Letras, 1987, p. 130.

¹⁹ La sentenza congiunta e i principali atti relativi ai processi in oggetto (unificati dal relatore) sono reperibili sul sito del STF, rispettivamente agli indirizzi <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038> e <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6034076>

²⁰ La sentenza e i principali atti relativi al processo in oggetto sono reperibili sul sito del STF, all'indirizzo https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ARE%201267879%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true

²¹ Ricorso di *Habeas Corpus* (RHC) n. 2.244/DF, pubblicato nel *Diário da Justiça* del 31 gennaio 1905 e cit. nella dichiarazione di voto del giudice relatore Ricardo Lewandowski al processo ADI 6.586 (p. 4).

²² V. in proposito D. ALMÁQUIO, *O Estado, o direito e a saúde pública*, Rio de Janeiro, 1929.

sa²³. Nel prosieguo, peraltro, gli obblighi di vaccinazione, pur accolti a diversi livelli dalla legislazione, non erano mai incorsi in problemi di costituzionalità.

Si trattava però di altri contesti storici e costituzionali²⁴. I tre procedimenti ora in esame hanno invece dato la possibilità al STF di definire con precisione l'equilibrio tra i diversi valori costituzionali in gioco e i confini di un obbligo vaccinale costituzionalmente legittimo, alla luce della CF del 1988, nella quale, come si è visto sopra, tanto le libertà personali quanto le prestazioni sociali dei poteri pubblici sono fortemente sottolineate.

Nella decisione congiunta sulle due ADI, adottata con una sola, parziale opinione dissenziente, si afferma infatti la compatibilità con la Costituzione dell'obbligo vaccinale (eventuale) di cui all'art. 3, III, d, della l. n. 13.979 cit., definendone però in questo modo i limiti: «La vaccinazione obbligatoria non significa vaccinazione forzata, nella misura in cui il rifiuto da parte dell'utente [deve rimanere] possibile, potendo però [l'obbligatorietà] essere realizzata per mezzo di strumenti indiretti, compresa tra gli altri la restrizione all'esercizio di certe attività o alla frequentazione di determinati ambienti, purché previsti dalla legge o da essa decorrenti».

C'è quindi innanzi tutto la puntualizzazione di merito che sancisce la netta differenza tra ciò che è possibile oggi, nel quadro della CF del 1988 e ciò che era parso possibile (pur con interventi limitativi ad opera dello stesso STF e a costo di suscitare una rivolta popolare) agli inizi del XX sec.: l'obbligatorietà della vaccinazione non può comportare la sua somministrazione forzata, ma solo una serie di penalizzazioni a carico di quanti vi si sottraggano.

In secondo luogo, un fondamentale limite procedurale che, però, nella prospettiva di una società liberal-democratica, è non meno un limite di principio: gli strumenti di coercizione indiretta su cui fondare l'attuazione dell'obbligo vaccinale devono innanzi tutto essere previsti dalla legge o da essa decorrere. Ne discende che, a differenza di quanto avvenuto nel 1904-05, atti di natura regolamentare potranno prescrivere strumenti di coercizione solo ove a ciò espressamente abilitati dalla legge e negli stretti limiti da questa imposti. Anche se il STF non si dilunga sul soggetto, appare evidente la preoccupazione di fondare la legittimazione di ogni misura coercitiva sulla volontà dei rappresentanti del popolo liberamente eletti, principio che naturalmente sottolinea il ruolo del Potere legislativo perché, se è pur vero che, in un sistema presidenziale come quello brasiliano, anche il Potere esecutivo trae direttamente la propria legittimazione dal voto popolare, il Presiden-

²³ V. in proposito G. HOCHMAN, *Vacinação, varíola e uma cultura da imunização no Brasil*, in *Ciência & Saúde Coletiva*, 2011, n. 2, pp. 375-386 (378).

²⁴ I fatti del 1904 e le decisioni del STF degli anni Venti si inquadrano nell'ordinamento costituzionale liberale disegnato dalla Costituzione del 1891, la prima repubblicana dopo la caduta della monarchia, certo più sbilanciata a tutela delle libertà personali che del diritto alla salute. Per contro, l'istituzione del Programma Nazionale di Immunizzazione ad opera della cit. l. n. 6.259/1975 interviene durante il regime militare instauratosi col colpo di stato dell'aprile 1964 ed auto-legittimatosi con la Costituzione del 1967 e l'Emendamento costituzionale n. 1 del 1969, pertanto in un contesto più sbilanciato a favore dell'autorità di governo che delle libertà personali.

te dell'Unione rimane pur sempre espressione di una parte, per quanto maggioritaria, del popolo sovrano, rappresentato invece in modo più completo ed esauriente nel Congresso. Tuttavia, il STF ha ben chiaro come lo stesso Potere legislativo possa esprimere, anche nella forma della legislazione, principi e disposizioni incompatibili con i valori costituzionali. Per tale motivo, la decisione qui commentata prosegue introducendo cinque limiti di merito, ampi ma piuttosto precisi, che le leggi relative alla vaccinazione obbligatoria e le misure da queste discendenti debbano assolutamente rispettare. Le eventuali misure di coercizione indiretta devono infatti «(i) fond[arsi] su evidenze scientifiche ed analisi strategiche pertinenti; (ii) [essere] accompagnate da un'ampia informazione sull'efficacia, la sicurezza e le controindicazioni degli [agenti] immunizzanti; (iii) rispett[are] la dignità umana e i diritti fondamentali delle persone; (iv) rispond[ere] ai criteri di ragionevolezza e di proporzionalità e (v) i vaccini [devono essere] distribuiti universalmente e gratuitamente». In proposito, le esigenze sottolineate dal STF non indicano solo un quadro di riferimento fondamentale per l'azione ventura del legislatore e dell'amministrazione, ma costituiscono altresì una (neanche troppo) velata sconfessione dell'azione in corso ad opera dell'Esecutivo federale. Così, tanto il richiamo al necessario fondamento scientifico delle misure sanitarie da adottarsi, quanto quello all'ampia informazione sugli agenti immunizzanti, che si incontrano ripetutamente in questa sede e in altre pronunce del STF che si avrà modo di esaminare, non costituiscono una pedante sottolineatura di esigenze indiscutibili ma scontate, nel momento in cui, come denunciato in più sedi²⁵ e come verrà più tardi sancito nella relazione finale della CPI, l'intera strategia del governo federale in materia di COVID-19 si basa invece sulla sottovalutazione delle evidenze scientifiche, sul ricorso a materiali, sostanze e procedure prive di supporto scientifico e persino sulla diffusione deliberata di notizie false in materia²⁶.

²⁵ V., tra i tanti, A. ZIMMERMAN, R.D. LOPES, A. D'ÁVILA, L.E. ROHDE, L.I. ZIMMERMAN, *COVID-19 in Brazil: the headlines should be about science*, in *The Lancet*, v. 396, 5 dicembre 2020, p. 1803; P.C. HALLAL, *SOS Brazil: science under attack*, in *The Lancet*, v. 397, 30 gennaio 2021, pp. 373-374; L. TAYLOR, *'We are being ignored': Brazil's researchers blame anti-science government for devastating COVID surge*, in *Nature*, 27 aprile 2021, all'indirizzo <https://www.nature.com/articles/d41586-021-01031-w>

²⁶ «Sono stati dimostrati l'esistenza di un gabinetto parallelo, l'intenzione di immunizzare la popolazione tramite contaminazione naturale, la preferenza data a un trattamento precoce la cui efficacia non aveva fondamento scientifico, la disincentivazione all'uso di misure non farmacologiche. Parallelamente, c'è stato deliberato ritardo nell'approvvigionamento delle sostanze immunizzanti ...

È stato appurato che il gabinetto parallelo era composto da medici, politici ed impresari. Il gruppo, che non possedeva alcuna formale investitura in cariche pubbliche, dava orientamenti al Presidente della Repubblica su come affrontare la pandemia da COVID-19 e partecipava alle decisioni sulle politiche pubbliche, senza che venissero osservati gli orientamenti tecnici del Ministero della Salute...

[La strategia di perseguimento dell'immunità di gregge] ha portato il Presidente Jair Bolsonaro, da un lato, a resistere ostinatamente all'applicazione di misure non farmacologiche, quali l'uso della mascherina e il distanziamento sociale, e soprattutto a non accelerare l'acquisto di sostanze immunizzanti, bensì, al contrario, ad enfatizzare la cura tramite medicine, attraverso il c.d. "trattamento precoce" ...

Altra bandiera del governo federale ... è stata la difesa incondizionata e reiterata dell'uso della cloroquina e dell'idrossicloroquina, così come di altri farmaci, quali l'ivermectina e l'azitromicina, anche dopo che gli studi scientifici, l'OMS e altre autorità sanitarie in tutto il mondo avevano dimostrato l'inefficacia di questo trattamento ...

Ulteriori puntualizzazioni discendono poi dalla decisione nel processo ARE n. 1.267.879 cit., in cui il STF, all'unanimità, ribadisce che la libertà di coscienza tutelata dall'art. 5, nn. VI e VIII, CF, deve essere bilanciata dal principio costituzionale della difesa della vita e della salute di tutti (artt. 5 e 196 CF), nonché da quello del valore primario della protezione dell'infanzia e dell'adolescenza (art. 227 CF). Nell'argomentazione della corte, la previsione della vaccinazione obbligatoria può ben fondarsi, «in situazioni eccezionali», sulla facoltà dello Stato di proteggere le persone anche contro la loro volontà, considerazione di particolare rilievo perché, in realtà, non attiene direttamente al caso in oggetto, ma sembra esservi calata con precisi intenti pedagogici nella prospettiva della eventuale obbligatorietà della vaccinazione anti-COVID: infatti, il caso riguardava le ordinarie vaccinazioni infantili e pertanto poteva essere collegato all'idea di «situazioni eccezionali» soltanto sull'assunto (sostenibile, ma non esplicitato dalla sentenza) che la mancata vaccinazione dei bambini in oggetto contro le altre patologie previste li potesse esporre, ove avessero contratto una di queste, anche a maggiori rischi in caso di esposizione al coronavirus. Più solida appare comunque la prosecuzione del ragionamento della corte, là dove, a) sul piano dei rapporti sociali, si esclude la liceità di comportamenti individuali suscettibili di danneggiare gravemente i diritti di terzi, considerando come la vaccinazione miri alla protezione di «tutta la società», e b) sul piano dei rapporti familiari, si esclude che l'orientamento filosofico dei genitori li possa autorizzare a mettere in pericolo la salute dei figli.

Alla luce di questo percorso argomentativo, il STF sancisce che «è costituzionale l'obbligo di immunizzazione tramite vaccino che, registrato presso un organo di vigilanza sanitaria, (i) sia stato incluso nel Programma Nazionale di Immunizzazione o (ii) debba essere obbligatoriamente somministrato per disposizione di legge o (iii) sia oggetto di decisione [in tal senso] dell'Unione, di uno Stato, del Distretto federale o di un municipio, sulla base del consenso medico-scientifico. In tali casi, non si dà luogo a violazione della libertà di coscienza e di convincimento filosofico dei genitori o dei responsabili, né del potere della famiglia».

La decisione appare di particolare interesse perché solo l'ultimo periodo citato la ri-contestualizza in relazione al processo che la ha generata, mentre i principi in essa enunciati, al pari di alcuni passaggi argomentativi, appaiono in realtà proiettati sul più vicino (e per molti aspetti più urgente) campo della lotta al coronavirus. In particolare, la necessità di registrazione del vaccino presso un organo di vigilanza sanitaria, di per sé ragionevole precauzione per garantire il fondamento scientifico dell'uso della sostanza immunizzante, richiama infatti il complesso problema dell'autorizzazione eccezionale e temporanea

La diffusione di notizie false, le c.d. *fake news*, ha contribuito al raggiungimento dell'obiettivo negazionista. Su questo punto, la CPI ha appurato che non ci sono state solo omissioni da parte degli organi ufficiali di comunicazione nel combattere le voci infondate e la disinformazione, ma c'è stata una sostanziosa attività da parte dei vertici del governo, soprattutto del Presidente della Repubblica, nell'incoraggiare la diffusione di *fake news*» (SENADO FEDERAL, CPI DA PANDE-
MIA, *Relatório final*, cit., pp. 1271, 1272 e 1273).

all'importazione di materiali e medicinali non registrati presso l'apposito ente brasiliano (*Agência Nacional de Vigilância Sanitária*, ANVISA), prevista dall'art. 3, n. VIII, della l. n. 13.979 cit. per facilitare l'immissione in circolazione dei medicinali (quindi in ipotesi anche vaccini) necessari per la lotta al coronavirus. In effetti, nella propria redazione originaria, il testo di legge prevedeva che tali sostanze e materiali potessero essere importati in via eccezionale e temporanea, anche se non registrati presso ANVISA, purché registrati da autorità sanitarie straniere e previsti in atto del Ministero federale della Salute. La l. n. 14.006, del 28 maggio 2020, però, ha da un lato ristretto questa possibilità alle sole sostanze e materiali registrati e autorizzati alla distribuzione da quattro agenzie di controllo medico e farmaceutico straniere considerate di particolare prestigio ed attendibilità²⁷, eliminando però la necessità della previsione dell'atto del Ministero della Salute.

Com'era facile prevedere, la conflittualità in materia di vaccinazioni si è moltiplicata nel momento in cui vaccini contro il COVID-19 hanno effettivamente cominciato ad esistere e a circolare, tanto più in considerazione della chiusura dell'atteggiamento del governo federale nei loro confronti. Dato però che nelle altre sentenze qui in esame il tema della vaccinazione si intreccia con altri temi di interesse del presente lavoro, queste verranno trattate nelle prossime pagine.

3. Giurisdizionalizzazione della salute e federalismo

Il punto (iii) della sentenza nel processo ARE n. 1.267.879, cit., introduce un altro tema cruciale, ovvero quello dell'influenza esercitata dalla crescente giurisdizionalizzazione della salute, in occasione della pandemia di COVID-19, sul funzionamento del federalismo brasiliano.

Per sua natura, il federalismo tratteggiato dalla CF del 1988 e basato sul triplice livello territoriale dell'Unione, degli stati/distretto federale e dei municipi (questi ultimi pure dotati di una competenza definita legislativa dall'art. 30 CF, sia pure solo in relazione a questioni locali e/o all'eventuale integrazione della legislazione federale e statale), deve essere un federalismo di tipo cooperativo. L'ampiezza e l'importanza delle funzioni che, ai sensi dell'art. 23 CF sono di competenza comune degli enti dei tre livelli, nonché delle materie che, ai sensi del successivo art. 24 CF, rientrano nella potestà legislativa concorrente dei due livelli superiori, sono tali che qualsiasi approccio competitivo nel funzionamento delle relazioni federali comporterebbe gravi rischi di paralisi per politiche e servizi pubblici essenziali. Oltre tutto, poi, come ricordato sopra, il titolo VIII CF, dedicato all'«ordinamento sociale», predispone già (e in un'ottica, appunto, cooperativistica) contenuti, modalità e

²⁷ Si tratta della statunitense *Food and Drug Administration*, dell'europea *European Medicines Agency*, della giapponese *Pharmaceuticals and Medical Devices Agency* e della cinese *National Medical Products Administration*.

strutture organizzative necessarie a realizzare le politiche pubbliche per l'attuazione dei fini sociali costituzionali.

Limitandosi alla questione della salute, come quella che interessa in questa sede, per es., l'art. 23, II, CF assegna alla competenza comune dell'Unione, degli stati, del distretto federale e dei municipi la funzione di «curare la salute e l'assistenza pubblica, la protezione e la garanzia delle persone con disabilità». Per lo svolgimento di tale funzione²⁸, l'art. 24, XII, CF assegna alla competenza concorrente di Unione, stati e distretto federale la legislazione in materia di «previdenza sociale, protezione e difesa della salute»; a questa competenza potrebbe inoltre eventualmente aggiungersi, come spiegato sopra, una competenza legislativa integrativa dei municipi, dato che il criterio prevalente nella logica costituzionale della distribuzione delle competenze, nella CF del 1988, risulta in ultima analisi essere quello della dimensione dell'interesse trattato²⁹. Va notato che se, nella sua struttura essenziale, la distribuzione della competenza legislativa concorrente appare analoga a quella italiana («norme generali» alle leggi federali e di dettaglio a quelle statali: art. 24, §1, CF), lo stesso art. 24, §§ 2-3, CF ribadisce però attentamente che «la competenza dell'Unione sull'adozione di norme generali non esclude la competenza supplementare degli stati» e che «in mancanza di una legge federale sulle norme generali, gli stati eserciteranno la competenza legislativa piena», quasi a volersi cautelare rispetto all'ipotesi di inadempienza da parte del Legislativo federale. Nel titolo VIII, poi, la salute è qualificata non solo come un «diritto di tutti», ma anche come un «dovere dello Stato» (art. 196). In proposito, va sottolineato come in questo caso l'uso del vocabolo «*Estado*», al pari di quanto accade nella Costituzione italiana col vocabolo «Repubblica», implica la responsabilizzazione di tutti i livelli politico-amministrativi esistenti, giacché, quando vuol riferirsi alla sola federazione, la CF usa il vocabolo «*União*». Ciò è confermato dalle successive previsioni sull'istituzione del Sistema Unico di Salute (SUS), che, tra le altre cose, deve costituire una «rete regionalizzata e gerarchizzata», decentralizzata e con «direzione unica ad ogni livello di governo», nonché essere aperta alla «partecipazione della comunità»; e dal fatto che il suo finanziamento si basi su fondi dei bilanci della sicurezza sociale e degli enti di tutti i tre livelli di governo (art. 198). Al di là delle difficoltà di implementazione di un quadro costituzionale caratterizzato da un elevato tasso di programmaticità, il disegno costituzionale del SUS appare comunque tratteggiato chiaramente come un sistema che deve essere guidato dal centro ma in un quadro di coordinamento tra gli enti che permetta il miglior adeguamento possibile alle realtà e alle esigenze locali.

²⁸ Il parallelismo tra l'attribuzione di competenze materiali e legislative è sottolineata, tra gli altri, da D.A. DOURADO, S.G. DALLARI, P.E.M. ELIAS, *Federalismo sanit rio brasileiro: perspectiva da regionaliza o no sistema único de saúde*, in *Revista de Direito Sanitário*, 2012, n. 3, pp. 10-24.

²⁹ In tal senso si esprimono, tra gli altri, J.A. DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, S. Paulo, Malheiros, 25^a ed., 2005, p. 478; e G.S. CORRALO, *A pandemia COVID-19 e o poder municipal: decis es do Supremo Tribunal Federal e o impacto na federa o brasileira*, in *Revista Jurídica (FURB)*, v. 25, n. 56, set. 2021, disponibile all'indirizzo web <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/9892>.

In un contesto emergenziale come quello della pandemia di COVID-19, che ha comportato un po' ovunque nel mondo la sottolineatura del momento decisionale delle autorità centrali, in virtù del carattere globale del problema e della necessità di dare risposte immediate e coordinate, si sarebbe potuto pensare che anche in Brasile le esigenze emergenziali rafforzassero la componente gerarchica della risposta anti-pandemica e che gli organi giurisdizionali eventualmente investiti dei conseguenti conflitti di competenza avallassero la stretta centralizzatrice, in nome del bene costituzionale superiore della tutela della salute pubblica, tanto più che, da un lato, una certa ambivalenza del dettato costituzionale potrebbe permettere al giudice di sottolineare l'aspetto della gerarchizzazione del SUS o quello della necessaria cooperazione, a seconda delle esigenze del momento; e, d'altro lato, il già citato criterio della dimensione dell'interesse coinvolto, dato il carattere globale della crisi pandemica, non avrebbe potuto che favorire l'attrazione delle competenze verso il livello di governo superiore, rientrando nella logica stessa del federalismo cooperativo la «necessità di uniformare determinati interessi ad un livello basale di collaborazione»³⁰. Chi scrive è convinto che tali avrebbero potuto essere gli sviluppi anche nel caso brasiliano, se la linea “negazionista” adottata dal Presidente Bolsonaro, non avesse invertito quello che poteva essere considerato il corso “normale” (almeno da un punto di vista statistico) di sviluppo dell'azione istituzionale, costringendo tutti gli altri attori a ridefinire la propria posizione e generando così, da un lato, un'ulteriore intensa crescita della litigiosità giudiziaria attorno ai temi della salute (con conseguente protagonismo, per quanto non ricercato, del STF) e, d'altro lato, la generazione di un vero e proprio «caos sanitario» nel quadro di un «federalismo scoordinato»³¹ in cui le decisioni di maggior cautela assunte da numerose autorità statali o municipali (imposizione di distanziamento, obbligo di utilizzo di mascherine, chiusura di attività, limitazione nei trasporti, ecc.) hanno incontrato attiva opposizione e blocco ad opera delle autorità esecutive federali. La cit. relazione finale della CPI sulla pandemia del Senato federale, dà conto, tra gli altri aspetti, di come il Presidente Bolsonaro abbia sì tentato di accentrare i sistemi di controllo sanitario nelle mani dei servizi federali, ma col preciso intento di perseguire l'immunizzazione di gregge per esposizione al virus anziché di combattere la diffusione dello stesso³². Nel mondo rovesciato che il Brasile è venuto a costituire in occasione della pandemia da COVID-19, non può quindi stupire che il STF abbia difeso a spada tratta le competenze dei diversi enti

³⁰ In tal senso, su un piano generale, T.S. FERRAZ JÚNIOR, *Normas gerais e competência concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal*, in *Revista Trimestral de Direito Público* (S. Paulo), v. 7, 1994, pp. 16-20.

³¹ Le due definizioni sono di K.D. RIBEIRO, L.C. LIMA, S.M.C. DE SOUZA, K.E. PIMENTEL, *O caos sanitário da crise por COVID-19 no Brasil e o direito à saúde na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, in *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, n. suppl., a. 10, dic. 2021, pp. 116-133.

³² «Nel 2020, il governo federale ha adottato innumerevoli disposizioni relative al COVID-19, che hanno mostrato una strategia di propagazione del virus condotta in forma sistematica dall'esecutivo federale, a cui seguivano tentativi di resistenza da parte degli altri poteri ed enti della federazione» (SENADO FEDERAL, CPI DA PANDEMIA, *Relatório final*, cit., p. 1274).

della federazione in materia di salute, non per pedissequa ed astratta applicazione letterale del testo costituzionale, bensì nel tentativo, perfettamente cosciente delle contingenze in essere, di permettere una miglior tutela del bene costituzionalmente superiore costituito dalla salute pubblica. Appare lecito – anche se drammatico – affermare che se, per es., in Italia e in Spagna le corti costituzionali hanno accettato compressioni delle competenze regionali in vista dell'esigenza di una più efficace e coordinata azione di contrasto al coronavirus, in Brasile il STF è stato costretto a sottolineare le competenze statali e municipali per permettere almeno a quanti volevano farlo di esercitare tale contrasto.

Già nella sentenza sulla ADI 6.341 del 15 aprile 2020³³, in cui pure il STF riconosce il potere presidenziale di disporre con decreto sui servizi pubblici e le attività essenziali (potere introdotto al § 9 dell'art. 3 l. n. 13.979 cit., ad opera della misura provvisoria presidenziale n. 926 del 20 marzo 2020, ma comunque successivamente rimodulato dalla l. n. 14.035, dell'11 agosto 2020, a favore della «rispettiva autorità» competente), lo stesso sottolinea nondimeno che tale potere debba esercitarsi preservando «le attribuzioni di ogni livello di governo». Peraltro, pur nell'indubbia necessità costituzionale di garantire il federalismo, il reale timore del STF, cioè che la concentrazione di potere nelle mani del contingente Esecutivo federale si tramuti in un ostacolo alla lotta contro la pandemia anziché costituirne un volano, appare chiaramente dal punto n. 3 del compendio della decisione: «Il peggior errore nella formulazione delle politiche pubbliche è l'omissione, soprattutto nel caso delle attività essenziali richieste dall'art. 23 della Costituzione federale. È grave che, sotto la copertura della competenza esclusiva ... si premi l'inattività del governo federale, impedendo che gli Stati e i Municipi, nell'ambito delle rispettive competenze, applichino le politiche pubbliche essenziali». Non solo, ma, a marcare la propria opposizione ad ogni tentativo di centralizzazione da parte del governo federale, il STF ribadisce in questa sede che «la direttrice costituzionale della gerarchizzazione [del SUS] risultante dal primo comma dell'art. 198 [CF] non ha significato gerarchizzazione tra gli enti della federazione, ma comando unico all'interno di ognuno di essi» (punto n. 4). Da qui l'enunciazione della logica che guiderà tutta la successiva giurisprudenza del STF sulle questioni che legano l'emergenza pandemica e la distribuzione delle competenze nella federazione: «Poiché la finalità attuativa degli enti della federazione è comune, la soluzione dei conflitti sull'esercizio delle competenze dev'essere orientata alla miglior realizzazione del diritto alla salute, corroborata dalle evidenze scientifiche e dalle raccomandazioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità» (punto n. 7).

La successiva sentenza nel processo ADI n. 6.343, emessa dal plenario del STF il 6 maggio 2020³⁴ (ancora quindi nella fase in cui non erano stati messi a punto i vaccini), sembra

³³ La sentenza e i principali atti relativi al processo in oggetto sono reperibili sul sito del STF, all'indirizzo <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>

³⁴ La sentenza e i principali atti relativi al processo in oggetto sono reperibili sul sito del STF, all'indirizzo <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>

chiarire in modo netto come la difesa delle competenze degli enti federati da parte del STF sia stata, nel frangente della crisi da coronavirus, più legata ai contenuti specifici dell'azione del potere esecutivo federale che ad un'astratta interpretazione costituzionale. La corte comincia infatti affermando che «in momenti di forte crisi, il rafforzamento dell'unione e l'ampliamento della cooperazione tra i tre poteri, nell'ambito di tutti gli enti della federazione, sono strumenti essenziali ed imprescindibili ... nella difesa dell'interesse pubblico» (punto n. 1 del compendio della decisione). Inoltre, «la gravità dell'emergenza ... esige dalle autorità brasiliane, a tutti i livelli di governo, la realizzazione concreta della protezione della salute pubblica, con l'adozione di tutti i mezzi possibili e tecnicamente sostenibili per il supporto e il mantenimento delle attività del Sistema Unico di Salute» (punto n. 2) ed a tal fine «l'Unione ha un ruolo centrale, primario e imprescindibile di coordinamento di fronte a una pandemia internazionale, secondo i modelli che la Costituzione ha delineato nel SUS» (punto n. 3). Un simile *incipit*, ove decontestualizzato, parrebbe dover preludere all'accettazione ed alla giustificazione di un crescente livello di concentrazione di potere nelle mani degli organismi sanitari dell'Unione, nell'ottica dell'approntamento del miglior contrasto possibile alla pandemia. Ma il STF deve fronteggiare un potere esecutivo federale che latita ed anzi ostacola: ecco allora che la successiva ricostruzione delle competenze amministrative comuni e delle competenze legislative concorrenti in materia di salute, nonché della competenza legislativa supplementare dei municipi e del carattere decentralizzato dell'organizzazione del SUS (effettuata brevemente nel punto n. 4) prepara il terreno per sancire che «non compete, quindi, al Potere Esecutivo federale bloccare unilateralmente le decisioni dei governi statali, distrettuale e municipali che, nell'esercizio delle rispettive competenze costituzionali, hanno adottato o vengano ad adottare, sui rispettivi territori, importanti misure restrittive come l'imposizione del distanziamento o dell'isolamento sociale, la quarantena, la sospensione di attività di insegnamento, restrizioni al commercio, alle attività culturali e alla circolazione delle persone, tra gli altri meccanismi riconosciuti come efficaci per la riduzione del numero degli infetti e dei decessi, come dimostrano la raccomandazione dell'OMS ... e diversi studi tecnico-scientifici» (punto n. 5)³⁵. In conseguenza, il STF, questa volta a maggioranza, impone un'interpretazione della controversa l. n. 13.979 cit. nel senso di esentare Stati e municipi da ogni autorizzazione dell'Unione e dall'uniformarsi a decisioni di organi federali, qualora vogliano adottare misure più restrittive in materia di circolazione delle persone (fatte salve le garanzie rela-

³⁵ Anche nel processo ADFP 770 (sul quale v. *infra*) si può rilevare una sorta di "nostalgia" per ciò che potrebbe significare un forte intervento federale, orientato però realmente al contrasto della pandemia, e al contempo l'amara disillusione circa le reali intenzioni del Governo federale in carica: «*Sebbene l'ideale, trattandosi di una malattia che colpisce l'intero Paese, sarebbe l'inserimento di tutti i vaccini sicuri ed efficaci nel PNI [Piano Nazionale di Immunizzazione], in modo da immunizzare uniformemente e tempestivamente tutta la popolazione, è certo che nei diversi precedenti relativi alla pandemia ... il Supremo Tribunale Federale ha dato risalto alla possibilità di azione congiunta delle autorità statali e locali nell'affrontare questa emergenza di salute pubblica, soprattutto per sopperire a lacune od omissioni del governo centrale*» (punto IV del compendio della sentenza, corsivi nss.).

tive ai prodotti e servizi essenziali definiti dalla federazione), nonché di poter fondare tali misure sulle indicazioni dei propri organi tecnici, senza dover necessariamente far riferimento a quelli federali.

Anche le sentenze ADI 6.586 e 6.587 ed ARE 1.267.879, già citate sopra a proposito dei vaccini, ribadiscono con forza la competenza diffusa in materia. Così, nella prima, ricordato su un piano generale che «la competenza del Ministero della Salute, di coordinare il Programma Nazionale di Immunizzazione e definire i vaccini che facciano parte del calendario nazionale di immunizzazione, non esclude quella degli Stati, del Distretto Federale e dei Municipi di adottare misure profilattiche e terapeutiche destinate ad affrontare la pandemia ... in ambito regionale o locale, nell'esercizio del potere-dovere di «curare la salute e l'assistenza pubblica», assegnato loro dall'art. 23, II» CF (punto IV del compendio della sentenza), si stabilisce che le misure relative all'eventuale adozione dell'obbligo vaccinale, pur nei limiti sopra illustrati, «possono essere applicate tanto dall'Unione, quanto dagli Stati, dal Distretto Federale e dai Municipi, nel rispetto delle rispettive sfere di competenza». Mentre la seconda, come si è già visto, ribadiva la legittimità costituzionale de «l'obbligo di immunizzazione tramite vaccino» ove ciò fosse «oggetto di decisione dell'Unione, di uno Stato, del Distretto federale o di un municipio».

Ma particolare rilievo acquista la sentenza nel processo ADPF 770, del 24 febbraio 2021³⁶. Si tratta di una richiesta di misura cautelare nell'ambito di un ricorso di accusa di inattuazione di precetto fondamentale. In questo caso, il ricorso era stato introdotto dal Consiglio federale dell'Ordine degli avvocati brasiliano, a fronte delle «azioni ed omissioni del potere pubblico federale, soprattutto della Presidenza della Repubblica e del Ministero della Salute, concretatesi nel ritardo nel fornire alla popolazione un piano definitivo nazionale di immunizzazione, nonché il registro e l'accesso al vaccino contro il COVID-19», comportamenti che si traducevano così, secondo il ricorrente, nella violazione dei principi costituzionali fondamentali della dignità della persona umana (art. 1, n. III, CF), dell'uguaglianza dei cittadini (art. 5 CF) e del diritto alla salute (artt. 6 e 196 CF). In proposito, la linea del STF era già stata chiaramente delineata con la decisione monocratica del giudice Ricardo Lewandowski, nella stessa data (17 dicembre 2020) in cui erano stati decisi i ricorsi ADI 6.586 e 6.587 ed ARE 1.267.879, cit.; tale decisione è poi stata fatta propria all'unanimità dal plenario del tribunale il successivo 24 febbraio 2021, stabilendo che «gli Stati, il Distretto federale e i Municipi (i) in caso di inattuazione del Piano Nazionale di Realizzazione della Vaccinazione contro il COVID-19, recentemente reso pubblico dall'Unione, o nell'ipotesi che questo non provveda una copertura immunologica tempestiva e sufficiente contro la malattia, potranno somministrare alle rispettive popolazioni i vaccini di cui dispongano, previamente approvati da ANVISA, oppure (ii) se questa agenzia gover-

³⁶ La sentenza e i principali atti relativi al processo in oggetto sono reperibili sul sito del STF, all'indirizzo <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6068402>

nativa non rilasciasse l'autorizzazione necessaria nel termine di 72 ore, potranno importare e distribuire vaccini registrati da almeno una delle autorità sanitarie straniere e autorizzati per la distribuzione commerciale nei rispettivi Paesi, nei termini dell'art. 3 cpv., n. VIII, lett. a) e dell'art. 3, § 7-A della l. n. 13.979/2020».

In proposito, non si può non notare che la decisione del STF ribadisce in realtà semplicemente ciò che la l. n. 13.979 cit. già affermava³⁷ e questa reiterazione può spiegarsi solamente alla luce del boicottaggio attivo esercitato dall'Esecutivo federale rispetto al dovere di dare applicazione alla legge stessa. Peraltro, nell'ottica del federalismo cooperativo che, nel disegno costituzionale brasiliano, dovrebbe caratterizzare tutte le principali politiche sociali, il contenuto della sentenza è in realtà un doloroso grido di allarme, un "si salvi chi può" di fronte al sottrarsi al proprio dovere da parte di quella che avrebbe dovuto auspicabilmente essere la cabina di regia di tutte le operazioni di contrasto al coronavirus. Un simile grido appare poi tanto più doloroso se si considera che, alla luce di tale pronuncia, appare chiaramente l'altra fondamentale vittima, insieme al diritto alla salute, della politica governativa di mancato contrasto al coronavirus, ovvero il principio di uguaglianza dei cittadini, poiché l'attuazione del diritto alla salute dipenderà ora non solo (come già troppo spesso è) dalle differenze di condizione economica personale (con conseguente possibilità o meno di far ricorso al circuito della sanità privata), bensì anche dalle differenze di orientamento politico dei governi locali e dalle differenze di condizione economica complessiva tra gli enti locali interessati³⁸, che potranno avere maggiori o minori disponibilità da investire nella campagna vaccinale, sempre ammesso che intendano realizzarla... La situazione si è poi leggermente decontratta con l'avvio del Piano Nazionale di Realizzazione della Vaccinazione contro il COVID-19, anche se, come si vedrà nel prossimo paragrafo, soprattutto nei primi mesi di attuazione, stante la perdurante scarsità di vaccini a disposizione, questo è stato a sua volta oggetto di importanti interventi giurisdizionali. Il suo inizio e il suo successivo perfezionamento hanno comunque portato il STF a ribadire l'importanza del ruolo di coordinamento spettante all'Unione e della necessità che gli enti della federazione si muovano all'interno dell'orientamento da essa dato, pur potendo in situazioni eccezionali e col debito fondamento scientifico, effettuare aggiustamenti del Pia-

³⁷ Come modificato dalla l. n. 14.006/2020 cit. e dalla l. n. 14.035, dell'11 agosto 2020, l'art. 3, n. VIII, lett. a) della l. n. 13.979 cit. recita: «Per affrontare l'emergenza di salute pubblica di importanza internazionale di cui tratta la presente legge, le autorità potranno adottare, nell'ambito delle rispettive competenze, tra l'altro, le seguenti misure: ... VIII. Autorizzazione eccezionale e temporanea all'importazione e distribuzione di qualsiasi materiale, medicinale, equipaggiamento e risorsa nel campo della salute, soggetti a vigilanza sanitaria, non registrati da ANVISA, che siano considerati essenziali nell'aiuto a combattere la pandemia da coronavirus, purché: a) registrati da almeno 1 (una) delle seguenti autorità sanitarie straniere: ...» [segue l'elenco dei quattro enti, per cui si rinvia *supra*, alla nota n. 27]. Ancora come modificato dalla l. n. 14.006/2020 cit., l'art. 3, § 7-A, della l. n. 13.979 cit. sancisce che l'ANVISA debba concedere l'autorizzazione di cui sopra entro settantadue ore, il cui inutile decorso deve interpretarsi come silenzio-assenso.

³⁸ Si vedano le pagine specificamente dedicate dalla Relazione finale della CPI al tracollo del sistema di salute pubblica nello stato di Amazonas: SENADO FEDERAL, CPI DA PANDEMIA, *Relatório final*, cit., pp. 260-318.

no per adattarlo a esigenze locali, specie ove si identifichino focolai particolari in gruppi sociali definiti³⁹.

4. Giurisdizionalizzazione della salute e inazione del governo federale

L'inazione del governo federale e la sua ostinazione a concentrarsi su cure scientificamente inefficaci, trascurando dapprima le misure non farmacologiche di prevenzione della diffusione del COVID-19, poi i vaccini messi a punto dalla ricerca scientifica, hanno comportato violazione della CF sotto molteplici aspetti.

In più di un'occasione, la questione coronavirus si è intrecciata con quella della tutela dei diritti delle popolazioni indigene e di altri gruppi etnici teoricamente protetti dalla legislazione brasiliana⁴⁰, ma lasciati in realtà molto spesso alla mercé dell'espansione di attività economiche illegali (soprattutto estrazione mineraria e disboscamento per l'utilizzo del legname) condotte da soggetti che sfuggono al controllo delle istituzioni pubbliche o che possono contare su un loro tacito assenso. Così, il STF si è trovato a dover decidere nel processo ADPF 709⁴¹, su accusa presentata dall'Organizzazione dei Popoli Indigeni del Brasile (*Articulação dos Povos Indígenas do Brasil*, APIB) e da diversi partiti politici e relativa all'inazione federale nei confronti delle sempre più numerose sottrazioni di terre alle popolazioni indigene ad opera di cercatori di minerali e disboscatori illegali che mettono sistematicamente in pericolo la vita, la salute e la sicurezza delle popolazioni. Secondo i ricorrenti, oltre ai danni risultanti da avvelenamenti da mercurio (utilizzato nell'estrazione mineraria), da attacchi armati diretti e dal sovvertimento dell'ecosistema di riferimento, gli invasori sono responsabili diretti della diffusione dell'epidemia di COVID-19 tra popolazioni che, per il loro naturale isolamento, avrebbero potuto esserne esenti, con un minimo di attenzione da parte delle istituzioni pubbliche. La complessità del tema e la peculiarità del percorso delle accuse di inattuazione di principi fondamentali hanno finora

³⁹ V. in tal senso la ADPF 829, su ricorso del Governatore dello stato di Rio Grande do Sul, con la decisione monocratica del giudice Ricardo Lewandowski in data 3 maggio 2021. I principali atti relativi al processo in oggetto sono reperibili sul sito del STF, all'indirizzo <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6156830>

⁴⁰ L'art. 232 CF riconosce la pienezza del possesso, da parte delle popolazioni indigene, delle terre da loro tradizionalmente occupate, dando all'Unione il compito di demarcare le terre e di proteggere i beni di tali popolazioni, cui spetta «l'usufrutto esclusivo delle ricchezze del suolo, dei fiumi e dei laghi» presenti nelle terre in oggetto (§ 2). Queste ultime poi sono inalienabili e indisponibili, così come sono imprescrittibili i diritti su di esse (§ 4) e sono nulli tutti gli atti che abbiano ad oggetto l'occupazione di tali terre o lo sfruttamento delle loro risorse da parte di soggetti diversi (§ 6). Le comunità e organizzazioni indigene, poi, in base all'art. 232 CF, sono soggetti abilitati ad agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi. È però noto come le significative ricchezze dei territori in oggetto li rendano preda di continui e sistematici attacchi depredatori da parte di operatori economici senza scrupoli.

⁴¹ La sentenza e i principali atti relativi al processo in oggetto sono reperibili sul sito del STF, all'indirizzo <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>

portato, oltre a numerose decisioni monocratiche del relatore, a due sentenze del plenario del STF. Nella prima, del 5 agosto 2020, la corte intimava all'Unione diversi adempimenti (definendo anche una tempistica molto serrata): per i popoli indigeni in isolamento o di recente contatto, la creazione di barriere sanitarie volte a impedire l'ingresso di terzi nelle terre indigene e l'istituzione di un'unità di crisi (*Sala de Situação*) contenente anche rappresentanti delle istanze federali di garanzia e altri indicati dall'APIB, per gestire l'azione di contrasto al COVID-19 in relazione a tali popoli; per i popoli indigeni in generale, l'elaborazione di un Piano specifico di contrasto al COVID-19 in relazione ai popoli indigeni, dovendo tra l'altro contenere strumenti emergenziali di contrasto all'invasione delle terre e in generale al contatto esterno, e l'estensione del Sottosistema Indigeno di Salute (già esistente nel quadro del SUS) alle popolazioni indigene viventi in villaggi esterni alle terre omologate o non viventi in villaggio. Naturalmente, per come è configurato l'istituto dell'ADPF, l'intervento del STF volto ad ottenere l'attuazione di un precetto fondamentale della Costituzione non può esaurirsi in un atto puntuale (come potrebbe essere, per es., nel contesto di un ricorso per *habeas corpus ex art. 102, I, d*), CF, con l'ordine di liberazione di un carcerato), ma necessita di un monitoraggio continuativo ad opera dello stesso STF, per cui la sentenza in oggetto non chiude affatto il processo. Successiva sentenza dell'11-18 giugno 2021 (ma pubblicata solo il 26 agosto), evidentemente a fronte di risultati insufficienti, intima all'Unione di adottare misure immediate ed efficaci di «tutela della vita, della salute e della sicurezza delle popolazioni indigene che abitano le terre indigene Yanomami e Munduruku», imponendo che queste misure siano coperte da segreto, dovendo garantire la Procura Generale della Repubblica il necessario controllo sui loro contenuti, ed autorizzando preventivamente la distruzione di tutti gli strumenti e i frutti delle attività illecite di invasione, al fine di prevenire il loro ripetersi. Da giugno 2021 in poi, l'ADPF 709 ha continuato il proprio percorso, tra richieste di chiarimenti e di correzioni da parte dei ricorrenti, discutibile implementazione da parte dell'Unione e conseguenti nuove decisioni monocratiche del relatore, da ultima la misura cautelare disposta il 21 ottobre 2021 su petizione dell'APIB, continuandosi a rilevare una maggior vulnerabilità epidemiologica delle popolazioni amerindie, nella quale si è imposta all'Unione la somministrazione della dose vaccinale di richiamo agli indigeni inseriti nei criteri del Piano Nazionale di Realizzazione della Vaccinazione contro il COVID-19 (cioè anziani, immunodepressi e operatori sanitari) indipendentemente dal contesto di vita in cui siano inseriti (terre omologate o meno o urbanizzazione), nonché l'inserimento degli adolescenti indigeni tra i 12 e i 17 anni tra i gruppi prioritari previsti dal Piano stesso.

Analoghe caratteristiche di *work in progress* si ritrovano nelle vicende del processo ADPF 742⁴², su ricorso del Coordinamento Nazionale di Organizzazione delle Comunità Nere Ru-

⁴² La sentenza e i principali atti relativi al processo in oggetto sono reperibili sul sito del STF, all'indirizzo <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6001379>

rali *Quilombola* (*Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas*, CONAQ)⁴³. Pure in questo caso, nella sentenza del 24 febbraio 2021, a fronte della loro allegata maggiore vulnerabilità alla pandemia, la corte intima all'Unione di preparare un piano di contrasto al COVID-19 specifico per le popolazioni *quilombola*, con la partecipazione dei loro rappresentanti espressi dalla CONAQ stessa e nell'ambito di un apposito gruppo di lavoro composto anche da rappresentanti delle istituzioni federali di garanzia e di associazioni di tutela della salute, il quale avrà poi il compito di monitorare l'esecuzione del piano; di inserire nel registro dei casi di COVID-19 il dato relativo all'appartenenza etnica del malato, onde consentire un miglior monitoraggio della diffusione epidemiologica; di ripristinare due piattaforme pubbliche di accesso (quella del Sistema di Monitoraggio delle Politiche di Promozione dell'Uguaglianza Razziale e quella del Ministero dei Diritti Umani sulle comunità tradizionali) da cui erano stati rimossi i dati relativi alla popolazione *quilombola*. Ancora una volta, la risposta del governo federale risulta in parte dilatoria ed in parte insoddisfacente, spingendo il 29 giugno il relatore ad adottare una decisione monocratica in cui si intima di estendere la protezione a tutti i *quilombola* e non solo a quelli residenti nei territori riconosciuti⁴⁴, misura di particolare importanza se si considera che, secondo la *Comissão Pró-Índio de São Paulo* ancora oggi, a più di trent'anni dall'entrata in vigore dei testi costituzionali, soltanto il 9% delle comunità *quilombola* avrebbe ottenuto dall'Unione o dagli stati il riconoscimento del territori di pertinenza⁴⁵; decisione che nella sua sostanza deve essere reiterata il successivo 8 settembre, stante la mancata applicazione datane dal governo federale.

I due casi finora considerati riguardavano il problema dell'insoddisfacente identificazione e tutela di gruppi che, pur riconosciuti come particolarmente a rischio nel piano vaccinale federale fin dalla sua prima edizione⁴⁶, avevano ricevuto una copertura che non teneva però adeguatamente conto delle loro specificità socio-economiche e culturali e di fattori come l'invasione delle terre delle popolazioni autoctone, che, pur contribuendo in maniera decisiva alla diffusione del contagio, non potevano ottenere risposta soltanto in sede

⁴³ Si definiscono *Quilombolas* le popolazioni di origine africana discendenti da schiavi fuggiti che, nel secolo XIX, si erano insediati principalmente nelle campagne, vivendo inizialmente secondo regole proprie (fenomeno analogo a quello dei *Maroons* in Giamaica e Suriname). V. in proposito L.M.M. DE ANDRADE, G. TRECANNI, *Terras de Quilombo*, in R. LARANJEIRA (org.), *Direito Agrário Brasileiro*, S. Paulo, Editora LTr, 2000; C.A. BALDI, *As comunidades quilombolas e o seu reconhecimento jurídico*, articolo disponibile sul sito del *Ministério Público Federal*, all'indirizzo http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/artigo_cesar_agosto_baldi.pdf/view

⁴⁴ Con l'art. 68 dell'atto sulle disposizioni costituzionali transitorie del 5 ottobre 1988, i *quilombolas* trovavano per la prima volta riconoscimento costituzionale in Brasile: «Ai discendenti delle comunità dei *quilombos* che ancora occupino le loro terre ne è riconosciuta la proprietà definitiva, dovendo lo Stato emettere i relativi titoli».

⁴⁵ V. *Há 30 anos, a Constituição reconhece os direitos quilombolas*, disponibile sul sito della *Comissão Pró-Índio de São Paulo*, all'indirizzo <https://cpisp.org.br/ha-30-anos-constituicao-reconhecia-os-direitos-quilombolas/>

⁴⁶ Il Piano Nazionale di Realizzazione della Vaccinazione contro il COVID-19, attualmente alla sua XI ed. (7 ottobre 2021), è consultabile sul sito del Ministero federale della Salute, all'indirizzo <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/publicacoes-tecnicas/guias-e-planos/plano-nacional-de-vacinacao-covid-19/view>. Le edizioni precedenti, dalla prima del 16 dicembre 2020 a seguire, all'indirizzo https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/secovid/pno_edicoes

di piano vaccinale. Si può apprezzare l'incidenza dell'intervento del STF mettendo a confronto la descrizione dei gruppi prioritari nella prima e nell'attuale edizione del Piano⁴⁷. Peraltro, sull'impostazione generale del Piano Nazionale di Realizzazione della Vaccinazione contro il COVID-19 ha avuto un impatto fondamentale anche la ADPF 754⁴⁸, su ricorso avanzato dal partito politico *Rede Sustentabilidade*, nel quale la corte (sentenza in data 1 marzo 2021), constatato come ancora, in occasione della seconda edizione del Piano, il quantitativo di vaccini effettivamente a disposizione nel Paese risultasse decisamente inferiore anche solo al numero di individui che componevano i gruppi prioritari, ha imposto al Governo federale di redigere un ordine di preferenza, scientificamente fondato, tra i gruppi prioritari e all'interno degli stessi. Nel prosieguo, però, riprendendo la tradizione di non pronunciarsi sulle *political question*, il STF ha deferito al Ministero della Salute una petizione del Ministero della Giustizia, dello stesso Ministero della Salute e di alcuni governatori di stato con cui, nelle more dello stesso processo, si chiedeva di dare il dovuto risalto tra i gruppi prioritari ai lavoratori della pubblica sicurezza: in tale occasione il STF ha chiarito che la richiesta era perfettamente lecita ma che, essendo una scelta di ordine politico, spettava proprio al Ministero della Salute, non al STF, intervenire ed eventualmente modificare l'ordine di priorità fin allora seguito (decisione monocratica del giudice Ricardo Lewandowski in data 29 marzo 2021).

Su un piano più generale, il STF è stato chiamato ad intervenire con l'ADI n. 6.625⁴⁹, per consentire che le misure di contrasto al COVID-19 facoltizzate all'Unione e agli enti della federazione dall'art. 3 della l. n. 13.979/2020 cit. potessero permanere in vigore fino a nuova deliberazione dei Poteri legislativo ed esecutivo o fino al 31/12/2021 o ancora fino alla cessazione dell'emergenza internazionale proclamata dall'OMS, anziché cessare di aver vigore il 31/12/2020, come risultava dall'improvvido emendamento apportato dalla l. n. 14.035/2020, che collegava la vigenza della l. 13.979 a quella del decreto legislativo n. 6 del 20 marzo 2020, il quale proclamava lo stato di calamità pubblica fino al 31/12/2020,

⁴⁷ Il gruppo della popolazione indigena era identificato nella prima edizione come «indigeni dai 18 anni in su, insediati in villaggi e seguiti dal Sottosistema di Tutela della Salute Indigena» (p. 89), mentre nell'undicesima come «indigeni dai 18 anni in su, che vivono in terre indigene e seguiti dal Sottosistema di Tutela della Salute Indigena (SASISUS). Si includono anche i popoli indigeni che risiedono in terre e agglomerazioni non omologate» (p. 97). Per quanto riguarda le comunità tradizionali *ribeirinhas* (si tratta di comunità tradizionali insediate sulle rive dei fiumi) o *quilombolas*, la prima edizione comprendeva solo «popoli che abitano in comunità tradizionali *ribeirinhas* o *quilombolas*» (p. 89), mentre l'undicesima, facendo espressa menzione del processo ADPF n. 742, comprende «popoli che risiedono in comunità tradizionali *ribeirinhas* e popoli *quilombolas*, indipendentemente dal fatto che risiedono o meno in territori *quilombolas* o dalla fase del procedimento di certificazione o intitolazione del [relativo] territorio, [identificati] attraverso dichiarazione di appartenenza etnica» (p. 98). Importanti pagine sono dedicate dalla CPI all'impatto della pandemia sulle popolazioni indigene e sui *quilombolas*, oltre che su altri soggetti fragili: SENADO FEDERAL, CPI DA PANDEMIA, *Relatório final*, cit., pp. 571-662.

⁴⁸ La sentenza e i principali atti relativi al processo in oggetto sono reperibili sul sito del STF, all'indirizzo <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6034102>

⁴⁹ La sentenza e i principali atti relativi al processo in oggetto sono reperibili sul sito del STF, all'indirizzo <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6069055>. V. in proposito anche G.S. CORRALO, *op. cit.*, pp. 14-15.

sia pur solo a fini fiscali. Con notevoli equilibrismi argomentativi⁵⁰, costati l'opinione dissenziente di uno dei giudici, il STF ha comunque finito per avallare la proroga di validità delle misure *ex art. 3 l. 13.979 cit.*, nell'evidente intento di evitare che si potesse bloccare ogni attività di contrasto alla pandemia.

5. Conclusioni

Come accennato in chiusura del § 3, man mano che il piano vaccinale entrava in funzione, le relazioni tra l'Unione e gli enti della federazione hanno in parte ripreso a seguire le linee costituzionali della cooperazione. Ma, nonostante ciò, la situazione rimane molto grave e i danni umani, economici, politici e giuridici causati dalla gestione del COVID-19 ad opera dell'amministrazione Bolsonaro appaiono devastanti. Sebbene gli studi in materia diano risultati differenti secondo la metodologia seguita, appare però plausibile sostenere che si sarebbero potute risparmiare da cento a trecentomila vite, se si fossero subito adottate le misure non farmacologiche raccomandate dall'OMS e se si fosse proceduto appena possibile all'acquisizione e alla somministrazione dei vaccini disponibili⁵¹.

La gravità della situazione può essere misurata, per così dire, dal fatto che il processo di giurisdizionalizzazione della salute (e della politica) in corso in Brasile non si fonda più soltanto sulla normativa nazionale, né passa più soltanto per il circuito giudiziario nazionale, bensì tende a coinvolgere in misura crescente norme e istituzioni del diritto internazionale. La CPI del Senato federale ha suggerito che, alla luce di quanto acquisito dalla Commissione stessa (e quindi soltanto in relazione alla questione COVID-19) si metta il Presidente Bolsonaro in stato d'accusa sulla base dei seguenti capi d'imputazione: artt. 267, § 1; 268, *caput*; 283, 286, 298, 315 e 319 del cod. pen. (diffusione di epidemia con esiti mortali, violazione di misura di prevenzione sanitaria, ciarlataneria, incitamento al crimine, falsificazione di documenti, utilizzo irregolare di fondi pubblici, abuso di potere); artt. 7, n. 9; e 9, n. 7 della l. n. 1.079 del 10 aprile 1950 sui reati dei detentori di cariche pubbliche (violazione di diritto sociale e comportamento incompatibile con la dignità, l'onore e il decoro della carica); ma anche, in particolare in relazione all'attuazione governativa nei confronti dei popoli indigeni, l'art. 7, par. 1, lett. *b*, *b* e *k*; e par. 2, lett. *b* e *g* dello Statuto

⁵⁰ «Sebbene la vigenza della l. 13.979/2020, in maniera tecnicamente imperfetta, rimanga vincolata a quella del Decreto legislativo n. 6/2020, che ha decretato la calamità pubblica a fini esclusivamente fiscali, cessando il 31 dicembre 2020, non si può escludere, in questo giudizio precario ed effimero, la congettura secondo cui l'autentica intenzione dei legislatori sarebbe stata quella di mantenere le misure profilattiche e terapeutiche straordinarie, preconizzate in tale testo normativo, per il tempo necessario al superamento della fase più critica della pandemia, anche perché all'epoca della sua adozione non era dato prevedere la sorprendente persistenza e letalità della malattia» (punto II del compendio della sentenza collegiale, in data 8 marzo 2021, che confermava però la decisione monocratica del giudice Lewandowski in data 30 dicembre 2020; corsivo ns.).

⁵¹ Si vedano i dati contenuti in SENADO FEDERAL, CPI DA PANDEMIA, *Relatório final*, cit., pp. 1015-1021, e in K.D. RIBEIRO, L.C. LIMA, S.M.C. DE SOUZA, K.E. PIMENTEL, *op. cit.*, p. 121.

di Roma istitutivo della Corte Penale Internazionale dell'Aja (crimini contro l'umanità, nella modalità dello sterminio, della persecuzione e di altri atti disumani)⁵². Il suggerimento era però stato anticipato dall'APIB che aveva già presentato il 9 agosto 2021 una denuncia alla Corte Penale Internazionale, basata sullo stesso art. 7, par. 1, lett. *b*, *b* e *k* dello Statuto di Roma, ma anche sull'art. 6, lett. *b* e *c* (genocidio, nella forma di grave attentato all'integrità fisica o mentale dei membri del gruppo e di sottoposizione intenzionale del gruppo a condizioni di vita destinate a causarne la totale o parziale distruzione fisica). L'iniziativa è ora all'esame della procura della corte, ma difficilmente sembra poter trovare accoglienza, stante la cautela con cui finora questa si è mossa nei confronti di governanti al potere, specie in sistemi che conservano importanti dimensioni effettive di democrazia. Peraltro, la presentazione dell'iniziativa dell'APIB non lesinava critiche al sistema giudiziario brasiliano, affermandosi che «sono in corso in Brasile atti che si configurano come crimini contro l'umanità, genocidio ed ecocidio. Data l'incapacità dell'attuale sistema della giustizia in Brasile di investigare, processare e giudicare tali condotte, ... mobili[tiamo] la Corte Penale Internazionale»⁵³. Per quanto riguarda la pandemia, che vi riveste un ruolo importante ma non centrale, l'assunto sembrerebbe essere che le invasioni delle terre indigene abbiano facilitato l'esposizione delle popolazioni ivi insediate al contagio e che il sostegno di fatto dato dal Presidente a tali azioni configuri l'intento di utilizzare queste possibilità di contagio per finalità di genocidio.

Comunque, anche sul piano interno, numerose azioni contro l'Esecutivo federale pendono ancora innanzi al STF, come la ADPF 845⁵⁴, presentata da un partito politico, nella quale si richiede di intimare al Presidente della Repubblica di conformarsi alle raccomandazioni finalmente fatte proprie dal Ministero della Salute in materia di misure non farmacologiche come il distanziamento e l'uso di mascherine, che Bolsonaro ostentatamente evita nelle proprie apparizioni pubbliche e rispetto a cui incita esplicitamente, con l'esempio e con la parola, alla disobbedienza.

Ma c'è un processo in particolare, di recente instaurazione, che, a parere di chi scrive, risulta molto significativo perché, da un lato, scopre il singolare gioco delle parti su cui ha potuto reggersi finora l'equivoco messaggio del Presidente Bolsonaro e, d'altra parte, identifica con precisione lo scontro ideologico e di concezione della democrazia che sta alla base del confronto tra l'Esecutivo federale e tutte quelle istanze, politiche e giurisdizionali, in primo luogo il STF, che mirano invece, per condivisione o per espresso compito istituzionale, a difendere la CF del 1988. Si tratta del processo per le ADPF 898, 900, 901 e

⁵² V. SENADO FEDERAL, CPI DA PANDEMIA, *Relatório final*, cit., p. 1112.

⁵³ Parole di Eloy Terena, coordinatore giuridico dell'APIB; v. *Inédito: APIB denuncia Bolsonaro, em Haia, por genocídio indígena*, 9 agosto 2021, sul sito dell'APIB, alla pagina <https://apiboficial.org/2021/08/09/inedito-apib-denuncia-bolsonaro-em-haia-por-genocidio-indigena/>

⁵⁴ I principali atti relativi al processo in oggetto sono reperibili sul sito del STF, all'indirizzo <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6183036>

905⁵⁵, pure originate da distinti partiti politici ma finora trattate congiuntamente dal STF. I ricorsi hanno ad oggetto gli artt. 1, §§ 1-2; 3 e 4 della *Portaria* (regolamento ministeriale) del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale n. 620, del 1° novembre 2021, nella quale si proibisce ai datori di lavoro di esigere certificati di vaccinazione dai dipendenti e si equipara alla discriminazione ingiustificata l'eventuale licenziamento per mancata presentazione di tali certificazioni. Ciò che appare particolarmente rivelatore nella redazione del testo della *Portaria* è il fatto che la richiesta di certificati di vaccinazione venga sostanzialmente equiparata alle più gravi forme di discriminazione ingiustificata⁵⁶. In attesa di una decisione del processo, il relatore, giudice Roberto Barroso, ha intanto concesso con decisione monocratica, in data 12 novembre 2021, la misura cautelare di sospendere la vigenza delle disposizioni contestate (salvo mantenimento della garanzia per chi non si è potuto vaccinare per le espresse controindicazioni mediche riconosciute dal Piano di Vaccinazione o comunque dal consenso scientifico), con una motivazione che sembra far presagire il venturo pieno accoglimento del ricorso: senza soffermarsi qui sulle pur importanti questioni di natura formale (come la riserva di legge – e conseguente inidoneità di una semplice *portaria* – per prescrivere restrizioni e condizioni di principi costituzionali come il potere di direzione del datore di lavoro, il diritto dei dipendenti a un ambiente di lavoro salubre e il potere di licenziamento senza giusta causa, purché indennizzato; così come per creare oneri quali l'effettuazione a spese del datore di lavoro dei tamponi ai dipendenti non vaccinati: art. 3, *caput*, *portaria* n. 620 cit.), risulta espressa chiaramente nella motivazione del giudice l'impossibilità sostanziale di equiparare la richiesta di certificato vaccinale ad una forma di discriminazione, una volta che c'è di mezzo il diritto alla salute degli altri lavoratori: «è ragionevole l'ipotesi che la presenza di lavoratori non vaccinati nell'ambito dell'impresa rechi una minaccia alla salute degli altri lavoratori e il rischio di danni alla sicurezza e alla salubrità dell'ambiente di lavoro e di compromissione della salute del pubblico con cui l'impresa si relaziona» (punto 10 della motivazione); inoltre, «ogni attività imprenditoriale è soggetta alla libera iniziativa e alla libertà contrattuale (art. 170 CF). Spetta quindi al datore di lavoro, alla luce della sua strategia manageriale e della sua situazione imprenditoriale, decidere chi assumere, purché i suoi criteri non siano discriminatori o sproporzionati, cosa che non si dà ... in questo caso. Non c'è comparazione

⁵⁵ I principali atti relativi al processo in oggetto sono reperibili sul sito del STF, all'indirizzo <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6290927>

⁵⁶ L'art. 1, *caput*, della *Portaria* n. 620 cit. enuncia infatti una regola generale di divieto delle discriminazioni in ambiente di lavoro, assolutamente in linea con i parametri di una democrazia sociale avanzata: «È proibita l'adozione di qualsiasi pratica discriminatoria e limitativa dell'accesso al rapporto di lavoro o della sua conservazione, per causa di sesso, origine, razza, colore, stato civile, condizione familiare, disabilità, riqualificazione professionale, età ...». Ma i successivi sviluppi svelano l'autentica finalità del testo, laddove la richiesta del certificato di vaccinazione per l'assunzione o per la conservazione del posto di lavoro viene equiparata alla richiesta di attestazioni sulla sterilità o sullo stato di gravidanza (§ 1) e viene espressamente definita «pratica discriminatoria l'obbligatorietà di certificato di vaccinazione in selezioni per l'assunzione di lavoratori, così come il licenziamento per giusta causa ... per mancata presentazione del certificato di vaccinazione» (§ 2).

possibile tra la richiesta di vaccinazione anti-COVID-19 e la discriminazione per sesso, origine, razza, colore, stato civile, situazione familiare, disabilità, riqualificazione professionale, età o stato di gravidanza. Questi ultimi fattori non interferiscono sul diritto alla salute o alla vita degli altri lavoratori dell'impresa o di terzi. La mancata vaccinazione sì» (punto 15). Al di là del fatto che venga, come presumibile, ritenuta incostituzionale nelle more del processo di ADPF, la *portaria* n. 620 cit. è però sintomatica del gioco delle parti in corso. Il Governo federale, travestendo il divieto di richiesta di certificato vaccinale da norma anti-discriminatoria, finge di assumere le parti del difensore delle libertà individuali, ma il tipo di libertà dallo stesso propugnato è quello dell'egoismo non responsabile. Non solo in questo modo si tutela la scelta irresponsabile del singolo lavoratore, ma in realtà si invita dissimulatamente il datore di lavoro a non occuparsi della salubrità dei luoghi di lavoro: cos'altro può significare infatti l'accollare sull'impresa le spese per i tamponi quando si stabilisce nel testo normativo che i datori di lavoro «potranno» (si badi bene, potranno, non dovranno!) «offrire ai loro dipendenti il test periodico che attesti il mancato contagio da Covid-19» (art. 3, *caput*, *portaria* n. 620 cit.)? Significa far coincidere l'interesse egoistico del lavoratore che non si vuole vaccinare con l'interesse egoistico del datore di lavoro che non vuole spendere i soldi dei test, a spese alla fine proprio del diritto costituzionale alla salute di tutti gli altri lavoratori e dei terzi. In sostanza, la libertà propugnata da Bolsonaro non è la libertà responsabile della persona che agisce in un contesto sociale con diritti e doveri che la limitano a favore del bene pubblico, bensì è la libertà sfrenata e superomistica dell'individuo che ritiene proprio compito affermare se stesso a spese degli altri, in un contesto meramente competitivo dove vince il più forte e dove quindi, da un lato, le regole di convivenza (Costituzione *in primis*) sono considerate una limitazione di cui disfarsi e, d'altro lato, l'affermazione della propria libertà e del proprio successo non può realizzarsi che con la scomparsa della libertà (o della stessa vita) altrui, in particolare dei soggetti più deboli. Salvo poi, magari, dopo aver imposto la regola dell'*homo homini lupus*, proporsi come l'unico Leviatano in grado di portare ordine e sicurezza nel contesto... Per questo, in tempo di COVID-19, l'azione del STF (oggetto di diversi pesanti attacchi nella comunicazione del Presidente Bolsonaro anche in relazione ad altri temi, come il procedimento elettorale o la disciplina delle *fake news*), pur tra le mille difficoltà ed incertezze che si sono esaminate, può essere vista come un tentativo di salvaguardare almeno l'essenza del contenuto pattizio, negoziale e partecipativo della Costituzione del 1988, anche a costo di interpretazioni a volte un po' troppo elastiche della lettera della stessa, in attesa che vengano tempi migliori.