



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CAMPUS JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA
JURÍDICA
MESTRADO E DOUTORADO

ANDRÉ LUIS CAMARGO MELLO

**DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS À SAÚDE E O FEDERALISMO
BRASILEIRO: PARADOXOS DO MODELO COOPERATIVO**

JACAREZINHO – PR
2020

ANDRÉ LUIS CAMARGO MELLO

**DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS À SAÚDE E O FEDERALISMO
BRASILEIRO: PARADOXOS DO MODELO COOPERATIVO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, para defesa final como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Marcos César Botelho

**JACAREZINHO – PR
2020**

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

MELLO, André Luis Camargo Mello.

Direitos Fundamentais Sociais à Saúde e o Federalismo Brasileiro: Paradoxos do Modelo Cooperativo. / André Luis Camargo Mello. Jacarezinho (PR): UENP/Campus Jacarezinho, 2020.

137 f.

Orientador: Prof. Dr. Marcos César Botelho

Dissertação (Mestrado) — UENP/Campus Jacarezinho/Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica - Mestrado e Doutorado, 2020.

Referências bibliográficas: f. 131.

1. Historicidade e Construção do Federalismo. 2. Delineamento do Sistema de Direitos Fundamentais Sociais. 3. Diretrizes Constitucionais de Efetivação dos Direitos Sociais à Saúde. 4. A Gestão Cooperativa da Saúde no Federalismo Brasileiro. I. Mello, André Luis Camargo. II. Botelho, Marcos César. III. Universidade Estadual do Norte do Paraná. IV. Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica. V. Direitos Fundamentais Sociais à Saúde e o Federalismo Brasileiro: Paradoxos do Modelo Cooperativo.

ANDRÉ LUIS CAMARGO MELLO

**DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS À SAÚDE E O FEDERALISMO
BRASILEIRO: PARADOXOS DO MODELO COOPERATIVO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, para defesa final como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica, sendo aprovada pela Banca Examinadora.

Orientador: Prof. Dr. Marcos César Botelho

Prof. Dr. Marcos César Botelho
Orientador

Prof. Dr. Renato Bernardi
Examinador 1

Prof. Dr. Daniel Barile da Silveira
Examinador 2

Jacarezinho/PR, 06 de março de 2020.

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves
Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UENP

Aos meus pais João e Maria, com todo o meu amor e gratidão.

A minha esposa e companheira de vida Eliana, a meus filhos Luísa, flor única, e Eduardo, pequeno ser cheio de ternura, meus amores infinitos e eternos.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Marcos César Botelho, cuja honra em conhecê-lo durante as aulas do Programa de Mestrado representou não apenas o cumprimento da formalidade em tê-lo como orientador, mas também o estabelecimento de laços de admiração e amizade, com a certeza de que, com seu magistério, nosso pensamento crítico foi aguçado para o desenvolvimento deste estudo.

Aos meus amigos e professores do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

A todos amigos e colegas professores da UNIFIO – Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos.

Ao meu pai, João Batista, ao qual não dispensarei a grafia *in memoriam*, por acreditar e respeitar sua fé na ciência espiritualista praticada durante sua vida terrena, com a certeza de que, embora sua presença física nos falte, seu espírito estará sempre presente em todos os universos em que caminharos com o Pai.

À minha mãe, simplesmente Maria, generosa, carinhosa e exemplo de dedicação materna. Que sejam eternos os anos que compartilharemos de mútua e conjunta existência.

À minha irmã Lilian e ao meu cunhado Edson, vulgo Lebrão, companheiros e incentivadores em nossas conquistas. Aos meus sobrinhos Leandro e Lucas.

A meu amigo de fé, irmão camarada Marcelo, vulgo Mico.

Ao meu sogro Santarosa e minha sogra Sônia, sempre presentes e entusiastas em nossos desafios e vitórias.

À Eliana, minha esposa, amiga, companheira, sócia, com todo amor, carinho e paixão. À Luísa, minha filha, que com sua intensa ternura e alegria preenche minha alma todos os dias com amor pleno. Ao Eduardo, meu filho, pequeno ser cheio de felicidade e amor. Vocês não são apenas a razão do meu viver, vocês são minha vida!

MELLO, André Luis Camargo. **Direitos Fundamentais Sociais à Saúde e o Federalismo Brasileiro: Paradoxos do Modelo Cooperativo**. 2020. Dissertação de Mestrado — Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica — Universidade Estadual do Norte do Paraná.

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 instituiu as bases de suas políticas sociais protetivas e reconheceu a saúde como direito social integrante do conjunto de ações a serem desenvolvidas pelos Entes Federativos, a fim de afirmar os objetivos de bem-estar coletivo e justiça social. Na nova ordem constitucional social concebeu-se o Sistema Único de Saúde (SUS), imposto pelo Poder Constituinte aos entes federativos, com objetivo de desenvolver ações e serviços públicos de saúde de forma integrada em rede regionalizada e hierarquizada. Assim, foi retirada dos Estados-membros e dos Municípios a autonomia de formulação e promoção de políticas de saúde, o que gera impactos administrativos, políticos, sociais, econômicos e jurídicos que acentuam o já deturpado modelo de federalismo sanitário cooperativo adotado pelo Estado brasileiro. Neste contexto, discute-se: quais são as formas e os meios jurídicos mais adequados para aperfeiçoar o modelo federalista sanitário cooperativo a fim de garantir o direito social à saúde e à consecução dos anseios do Estado social democrático? A hipótese é a de que é necessário buscar um caminho jurídico-constitucional que de fato possa garantir o equilíbrio na descentralização política para a plena consecução dos fins almejados na Constituição, em especial as políticas relativas aos direitos sociais da saúde. O objetivo do trabalho é o de demonstrar a necessidade de se buscar caminhos constitucionais que possam garantir a harmonização/equilíbrio na descentralização política para integral efetivação dos objetivos almejados pela Constituição, em especial as políticas dos direitos sociais à saúde. A necessidade de se propor reflexões acerca do atual modelo cooperativo do federalismo brasileiro revela a importância do presente estudo. Concluiu-se que o modelo cooperativo da saúde deve ser pautado em uma política nacional coordenada e que a repartição de competências concorrentes e comuns seja de fato observada. Dessa forma, os programas e políticas públicas poderão ser realizados pelas esferas governamentais e outros por nenhuma, sem que isto implique a perda de receitas ou repasses. Para a realização da pesquisa, foi utilizado o método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: constituição federal, direitos sociais, federalismo cooperativo, saúde.

MELLO, André Luis Camargo. **Direitos Fundamentais Sociais à Saúde e o Federalismo Brasileiro: Paradoxos do Modelo Cooperativo**. 2020. Dissertação de Mestrado — Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica — Universidade Estadual do Norte do Paraná.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 established the bases of its protective social policies and recognized health as a social right that is part of the set of actions to be developed by the Federative Entities, in order to affirm the objectives of collective well-being and social justice. In the new social constitutional order, the Unified Health System (SUS) was conceived, imposed by the Constituent Power on federative entities, with the aim of developing of public health actions and services in an integrated way in a regionalized and hierarchical network. Thus, the autonomy of formulating and promoting health policies was removed from the Member States and Municipalities, which generates administrative, political, social, economic and legal impacts that accentuate the already distorted model of cooperative health federalism adopted by the Brazilian State. In this context, it is discussed: what are the most adequate forms and legal means to improve the cooperative federalist health model in order to guarantee the social right to health and the fulfilment of the wishes of the democratic social state? The hypothesis is that it is necessary to look for a legal-constitutional path that in fact can guarantee a balance in political decentralization for the full achievement of the aims envisaged in the Constitution, in particular policies related to social rights in health. The objective of the work is to demonstrate the need to seek constitutional paths that can guarantee harmonization / balance in political decentralization for the full realization of the objectives pursued by the Constitution, especially the policies of social rights to health. The need to propose reflections on the current cooperative model of Brazilian federalism reveals the importance of the present study. It was concluded that the cooperative model of health should be guided by a coordinated national policy and that the distribution of competing and common competences, in fact, be observed. In this way, public programs and policies may be carried out by governmental spheres and others by none, without this implying the loss of revenue or transfers. To carry out the research, the hypothetical-deductive method was used.

Keywords: federal constitution, social rights, cooperative federalism, health.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 HISTORICIDADE E CONSTRUÇÃO DO FEDERALISMO.....	13
2.1 O Estado: Elementos Constitutivos e Formas.....	19
2.2 Conceito, Características, Princípios e Espécies de Federalismo.....	25
2.3 Federalismo Assimétrico e Modelo Cooperativo.....	33
2.4 Modelo Federativo do Estado Brasileiro.....	37
3 DELINEAMENTO DO SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	48
3.1 Direitos Fundamentais Sociais.....	52
3.2 As Declarações de Direitos na História Constitucional Brasileira.....	60
3.3 Direitos Fundamentais Sociais na Constituição Federal de 1988.....	63
3.4 O Direito Fundamental Social à Saúde na Constituição Brasileira.....	68
4 DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS À SAÚDE.....	75
4.1 Políticas Públicas dos Direitos Sociais à Saúde.....	80
4.2 Diretrizes e Estrutura do Sistema Único de Saúde.....	84
4.3 O Financiamento da Saúde Pública no Brasil.....	90
4.4 Subfinanciamento e Inefetividade do Direito Humano à Saúde no Brasil.....	94
5 A GESTÃO COOPERATIVA DA SAÚDE NO FEDERALISMO BRASILEIRO.....	104
5.1 Estrutura das Esferas Jurídicas de Proteção.....	108
5.2 A Descentralização das Políticas Públicas da Saúde.....	113
5.3 Paradoxos do Sistema Cooperativo Brasileiro.....	117
5.4 Ajustes no Federalismo Sanitário Cooperativo.....	121
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	127
REFERÊNCIAS	131

1 INTRODUÇÃO

Ao reafirmar o Estado Democrático, a Constituição Federal de 1.988 estabeleceu as matrizes de suas políticas sociais protetivas e reconheceu a saúde como direito social integrante do conjunto de ações a serem desenvolvidas pelos Entes Federativos, voltadas a assegurar os objetivos precípuos de bem-estar coletivo e justiça social.

Para a edificação da nova ordem constitucional social, concebeu-se o Sistema Único de Saúde (SUS), imposto pelo Poder Constituinte aos entes federativos, que determina o desenvolvimento de ações e serviços públicos de saúde de forma integrada em rede regionalizada e hierarquizada (artigos 198 a 200 da CF/88).

Assim, se na seara das competências materiais comuns é facultada a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (art. 24, parágrafo único, da CF/1988), na saúde, a atuação, embora conjunta e coordenada, revela-se uma imposição constitucional.

Esta diretriz retira dos Estados-membros e dos Municípios a autonomia de execução das políticas de saúde, o que gera impactos administrativos, políticos, sociais, econômicos e jurídicos que acentuam o já deturpado modelo de federalismo sanitário cooperativo adotado pelo Estado brasileiro.

Embora, em tese, cada ente federativo exerça seu poder de gestão, este se subsume a vontade política na União (inc. I do art. 198, da CF/878), sem atentar, em especial, para as diversidades geográficas, sociais e econômicas do país.

Mesmo ante o argumento da manutenção do poder de autogestão dos Estados-membro e dos Municípios, na concepção tripartite do Sistema Único de Saúde – SUS, surge a crítica de afronta a uma exigência tradicional da teoria do Estado de dividir as entidades políticas em subsistemas e conceder a tais um máximo de autonomia na regulação dos seus assuntos.

O volumoso conjunto normativo editado pós 1.988, que objetivou viabilizar o modelo proposto pelo Estado brasileiro, acentuou progressivamente as mazelas do pacto cooperativo brasileiro, pois, muito embora avanços possam ter sido verificados ao longo dos anos, atualmente conduz o sistema ao colapso decorrente da desarmonia da descentralização democrática que caracteriza o federalismo cooperativo brasileiro e produz como reflexo a quebra das promessas constitucionais.

O centralismo característico do federalismo brasileiro, marcado pelo superdimensionamento do ente federal em detrimento dos demais entes, visto por alguns como necessário à implementação do modelo adotado pelo SUS, projeta o descontrole e a ineficiência no atendimento de serviços tão essenciais e relega uma grande massa de pessoas, em geral os

menos favorecidos, ao sofrimento e a incertezas de um sistema incapaz de prover este direito fundamental.

Os mecanismos institucionais de pesos e contrapesos, típicos dos principais arranjos federativos no mundo e as dinâmicas entre coordenação, cooperação e competição, expressas nos atos normativos do Sistema Único de Saúde (SUS), representam, junto com o financiamento do setor público, um dos principais temas políticos relacionados à crise do federalismo cooperativo do sistema de saúde brasileiro.

Desde a Constituição Federal de 1988, passando pela legislação infraconstitucional e uma grama progressiva de atos normativos regulamentares, cada vez mais são enfatizados os fatores cooperativos na gestão de responsabilidades e atribuições entre os entes federados.

Entretanto, a preconizada descentralização expressa no texto constitucional, fomentadora das políticas indutivas da cooperação federativa, esbarra nos anseios políticos governamentais e na polarização das vontades do ente federal. Apesar de os objetivos de descentralização do sistema federativo serem virtuosos, na conjuntura do setor de saúde brasileiro, a crise relacionada aos aspectos cooperativos é evidente.

Esse desarranjo do modelo cooperativo, fator gerador do cerceamento à fruição de direito tão fundamental, tolhe as liberdades dos abandonados sociais, ou seja, os marginalizados, excluídos da elite, que experimentam diuturnamente o amargor das injustiças.

A compreensão de tais distorções gera a necessária submissão do estudo ao crivo da informação histórica dada sua relevância para o Direito, matéria de estudo social, e reflexos na evolução, acertos e erros advindos da construção do federalismo brasileiro.

As especificidades do tema explicitam a impossibilidade de se desconiliar o entendimento das consequências políticas e socioeconômicas do atual sistema federativo do conhecimento histórico do direito e do fenômeno historiográfico.

O pleno entendimento dos fenômenos jurídicos e a necessária observação histórica para o desenvolvimento da pesquisa proposta direcionam o presente estudo o correto dimensionamento da construção do sistema federativo brasileiro e os impactos geradores do descumprimento das promessas sociais constitucionais para plena consecução das políticas de saúde.

Nesse contexto, discute-se: quais são as formas e os meios jurídicos mais adequados para aperfeiçoar o modelo federalista sanitário cooperativo a fim de garantir o direito social à saúde e à consecução dos anseios do Estado social democrático?

Para tanto, parte-se da hipótese de que é necessário buscar um caminho jurídico-constitucional que de fato possa garantir o equilíbrio na descentralização política para a plena

consecução dos fins almejados na Constituição, em especial as políticas relativas aos direitos sociais da saúde.

Como objetivo geral, este trabalho pretende demonstrar a necessidade de se buscar caminhos constitucionais que possam garantir a harmonização/equilíbrio na descentralização política para integral efetivação dos objetivos almejados pela Constituição, em especial as políticas dos direitos sociais à saúde, compreendidas no Sistema Único de Saúde – SUS.

Como objetivos específicos, pretende-se realizar uma abordagem histórica e crítica do Federalismo Brasileiro. Também será realizada uma releitura da descentralização política do Estado Brasileiro. Por fim, serão apresentadas as formas e os meios jurídicos mais adequados para garantir a plena consecução das políticas públicas de saúde.

Sendo assim, no primeiro capítulo, o estudo do federalismo e os fenômenos decorrentes do descumprimento das promessas sociais constitucionais, objetos deste estudo, submetem-se ao crivo da observação das fontes históricas para a construção de uma explicação fundamentada na proposição argumentativa, bem como a compreensão do federalismo como forma de Estado e a identificação dos elementos constitutivos, objetivos e tipos.

Ainda, o estudo do federalismo norte-americano dada sua influência no modelo adotado por outros Estados, como balize para o desenvolvimento do conceito, características, princípios e espécies do Federalismo. Também, a análise da formação do federalismo no Brasil e seu desenvolvimento.

O segundo capítulo trata do estudo dos direitos fundamentais, seu conceito e efeitos decorrentes de sua previsão e positivação jurídico-constitucional, com ênfase aos direitos sociais, caracterizados pela exigência de prestações positivas do Estado como forma de implementação dos valores fundamentais constitucionalmente expressos. Com a apresentação das declarações de direitos na história constitucional brasileira, abordam-se o desenvolvimento e a amplitude que os direitos sociais tiveram no país com o advento da Constituição Federal de 1988.

No terceiro capítulo, são abordadas as diretrizes constitucionais de efetivação dos direitos sociais à saúde, sua matriz constitucional e as políticas públicas para sua efetivação, o que enseja o estudo aprimorado das diretrizes e estruturas do SUS – Sistema Único de Saúde, seus fundamentos constitucionais e o conjunto normativo que revelam direitos dos usuários, deveres do Estado, diretrizes da organização do sistema e sua forma de financiamento. Ainda, a análise crítica da inefetividade do Estado em garantir o direito social à saúde, apesar da vastidão normativa construída ao longo dos anos.

Por derradeiro, o quarto capítulo versa sobre a gestão cooperativa da saúde no federalismo brasileiro, com destaque para a disciplina constitucional das competências para o exercício e desenvolvimento das atividades administrativas e normativas. Ainda, a descentralização em rede regionalizada e hierarquizada de prestação de serviços públicos de saúde, que explicita os paradoxos do sistema cooperativo ante o superdimensionamento do ente federal, o que importa na necessidade de ajustes no Federalismo Sanitário Cooperativo.

Destaca-se a relevância do presente estudo, haja vista a necessidade de se propor reflexões acerca do atual modelo cooperativo do federalismo brasileiro, que não permite a conclamada unidade normativa de direito para conciliação ou regulação de conflitos entre os entes.

Consequentemente, têm-se a desarticulação das políticas públicas de saúde e a desfiguração regional de programas de Estado decorrentes do desequilíbrio social e econômico dos Estados-membros e, em especial, dos Municípios.

Para a pesquisa jurídica em comento, atribuem-se além dos modelos teóricos, também métodos de matriz sociológica, para que o empreendimento a ser concretizado não fique adstrito meramente a um exame formal e literal das normas jurídicas, como se estivessem em verdadeira dicotomia com a realidade.

Assim, o método hipotético-dedutivo se presta a tal intento, uma vez que, na esfera jurídica, o pesquisador não faz uso apenas de raciocínios dedutivos e indutivos. Parte-se justamente da percepção de lacunas sobre o conhecimento do tema, de forma que a pesquisa busque a formulação de hipóteses e, através da proposição dedutiva, testa a predição de ocorrência de fenômenos abrangidos pelas hipóteses.

Realizou-se, principalmente, a pesquisa bibliográfica com fichamento de obras doutrinárias, artigos de periódicos, impressos ou por meio virtual, para embasamento do tema proposto.

2 HISTORICIDADE E CONSTRUÇÃO DO FEDERALISMO

O esboço histórico apresentado neste estudo justifica-se e decorre do acentuado grau de importância da historicidade para o desenvolvimento do tema, uma vez que a observação histórica conduz não apenas o historiador, mas todo pesquisador que da história extraia as informações necessárias aos seus estudos.

Não há como dissociar o entendimento do federalismo da abordagem de sua matriz evolutiva, pois é justamente esta constatação histórica que constitui o elemento identificador de todos os princípios, características e espécies do federalismo, que não se limitam à matriz temporal de sua concepção, mas também se projetam para o futuro e pautam o presente. Nas palavras de Marc Bloch:

O historiador, por definição, está na impossibilidade de ele próprio constatar os fatos que estuda. Nenhum egiptólogo viu Ramsés; nenhum especialista das guerras napoleônicas ouviu o canhão de Austerlitz. Das eras que nos precederam, só poderíamos [portanto] falar segundo testemunhas. Estamos, a esse respeito, na situação do investigador que se esforça para reconstruir um crime ao qual não assistiu; do físico, que, retido no quarto pela gripe, só conhecesse os resultados de suas experiências graças aos relatórios de um funcionário de laboratório. Em suma, em contraste com o conhecimento do presente, o do passado seria necessariamente "indireto". Que haja nessas observações uma parte de verdade, ninguém pensará em negá-lo. Elas exigem, no entanto, serem sensivelmente nuançadas (BLOCH, 2002, p. 69).

Assim, na abordagem das operações lógicas da pesquisa histórica, não há possibilidade de uma boa pesquisa sem uma definição clara dos problemas pesquisados. Na dimensão de Julio Aróstegui:

Há grandes temas históricos cuja pesquisa há de ser abordada por meio de objetivos parciais, pela magnitude do assunto, sua importância, a dispersão das fontes ou outras múltiplas razões possíveis. Assim ocorreu, por exemplo, com a desamortização na Espanha, a dissolução do Império romano nos diversos territórios, a expansão do feudalismo, para citar alguns exemplos dispares (ARÓSTEGUI, 2006, p. 475-476).

Dessa forma, o estudo do federalismo e os fenômenos decorrentes do descumprimento das promessas sociais constitucionais, objetos deste estudo, necessariamente submetem-se ao crivo da observação das fontes históricas para a construção de uma explicação fundamentada na proposição argumentativa, ou seja, um conjunto de proposições no qual se argumente, com as evidências disponíveis, a construção de modelos explicativos.

De fato, a explicação histórica do objeto em estudo, observado o método científico, desenvolve-se mediante uma cadeia de argumentações e proposições ordenadas, indispensáveis para a compreensão do tema e a correta dimensão atual do sistema federativo brasileiro e conseqüentemente suas características.

Com efeito, a origem etimológica do vocábulo federação provém do latim *foedus*, *foederis*, *foederatus*, *fides*, que significa aliança, pacto, união, confiança (CUNHA, 2007, p. 352).

Essa orientação fez Reinhold Zippelius argumentar que historicamente os primeiros esboços de uma teoria do Estado Federal podem ser encontrados no Império Romano (ZIPPELIUS, 2016, p. 571), o que não encontra voz entre os demais autores, consoante os argumentos expressos no desenvolvimento deste estudo.

Na busca dessa historicidade, Mário Simões Barata, ao citar o politólogo americano Daniel J. Elazar, expressa que este defendeu que as raízes da ideia federal se encontram na Bíblia, bem como que foram as aplicações políticas do uso teológico que deram origem à transformação do termo federal num conceito explicitamente político. Essa ideia decorreria da relação de parceria entre Deus e o Homem, que fez nascer uma relação federal ou pactual entre indivíduos e famílias que conduz à formação de corpos políticos e à união entre entidades políticas conducentes à criação de entidades políticas compostas (BARATA, 2016, p. 37).

Assim, essa concepção teológica, estabelecida e regulada por um pacto, reflete o tipo de partilha que deve prevalecer entre os vários parceiros, baseado no reconhecimento mútuo da integridade individual e a busca de uma união entre todos, o que não destoa da etimologia acima apontada de um *foedus*. Já no plano moderno, a derivação de *foedus*, *foederatus*, origem literal do termo federal, revela a ideia de vínculo por convênio, aliança, ao passo que *fides* representa confiança.

Para Guilherme Peña de Moraes, a origem da federação, mediatamente ou sob a concepção direta, remonta à mitologia grega, originária da federação Ática que Teseu, ao suceder Egeu no trono do Reino de Atenas, teria fundado no Pritaneo, ao unir a península limitada pelos golfos de Petalione de Egina, em virtude da instauração do Senado, do uso da moeda e das festas Panateneias e jogos Ístimos (MORAES, 2013, p. 109).

Por sua vez, a origem imediata ou concepção indireta de Estado Federal funda-se na federação norte-americana, o que, para autores como Paulo Bonavides, revela verdadeiramente sua origem. Para citado autor, a exploração histórica revela que a antiguidade a rigor não conheceu o fenômeno federativo com os característicos usualmente ostentados no Estado moderno. O que os gregos denominavam Federação é o que modernamente constituiu uma

Confederação. A Federação propriamente dita não a conheceu nem praticou os antigos, visto que a mesma, tanto quanto o sistema representativo ou a separação de poderes, é das poucas ideias novas que a moderna ciência política inseriu em suas páginas nos três últimos séculos de desenvolvimento (BONAVIDES, 2000, n.p.).

Reinhold Zippelius contrapõe-se ao pioneirismo norte-americano e leciona que os primeiros esboços de uma teoria do Estado federal remontam a épocas ainda mais remotas:

Já em 1661, Ludolph Hugo tinha designado o Santo Império Romano-Germânico, na sua configuração resultante da Paz de Vestefália, de 1648, como um “Estado comum”, em cujos diversos territórios se encontra respectivamente um “Estado distinto, subordinado a esse Estado superior”. Portanto, aqui temos já o modelo de um Estado composto por Estados. No seu âmbito, os direitos de soberania encontravam-se repartidos entre o Império e os poderes territoriais (ZIPPELIUS, 2016, p. 578).

Essa concepção apontada por Zippelius pressupõe um governo superior que deveria ter todos os poderes conexos com a realização dos fins, das metas e da razão de ser de um Estado, ao passo que os outros poderes deviam ser exercidos pelos ditos governos subordinados ou inferiores.

Para Mário Simões Barata, a análise de Ludolph Hugo aponta um modelo híbrido, constituído de um sistema político situado entre um governo totalmente consolidado (união) e os sistemas de governo confederais. Assim, o Império Germânico era um Estado composto por estados, o que constituía uma explicação plausível para descrever a realidade política de então (BARATA, 2016, p. 66).

Também Montesquieu, em sua célebre obra “O Espírito das Leis” de 1758, concebeu a ideia de uma república federativa, destacando que sua dimensão, pequena ou grande, poderia levar ao jugo de uma força estrangeira ou destruir-se por vícios interiores.

Esse duplo inconveniente afeta para ele igualmente as democracias e as aristocracias, sejam elas boas ou más, uma vez o mal-estar na própria coisa e não haver nenhuma forma que possa remediar. Tais afirmações justificam a propositura da república federativa como forma de governo:

Assim, parecia muito provável que os homens fossem afinal obrigados a viver sob o governo de um só, se não tivessem imaginado uma forma de constituição que possui todas as vantagens internas do governo republicano e a força externa da monarquia. Estou referindo-me à república federativa. Esta forma de governo é uma convenção segundo a qual vários Corpos políticos consentem em se tomar cidadãos de um Estado maior que pretendem formar. É uma sociedade de sociedades, que formam uma nova sociedade, que pode

crescer com novos associados que se unirem a ela. Foram associações deste tipo que fizeram florescer tanto tempo o corpo da Grécia. Com elas, os romanos atacaram o universo e só com elas o universo se defendeu contra eles; e, quando Roma chegou ao máximo de sua grandeza, foi com associações de trás do Danúbio e do Reno, associações que o pavor engendrou, que os bárbaros puderam resistir-lhe (MONTESQUIEU, 1996, p. 141-142).

Montesquieu defendia a opinião de que uma tal federação só poderia funcionar a longo prazo se fosse composta por Estados da mesma natureza, de preferência por Estados republicanos. Para ele, somente a república federativa é capaz de resistir às forças externas e manter-se em sua grandeza sem que o interior se corrompa.

As reflexões de Montesquieu tiveram um papel fundamental nos trabalhos preparatórios da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, em sua concepção de associação de dois ou vários Estados num Estado Único.

Por sua vez, merece atenção o contributo indígena para a construção de modelos de organização para a sociedade, o que a influenciou a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte. Na lição de Barbara Rogoff:

Os fundadores dos Estados Unidos fizeram uso das estruturas de governo indígenas para resolver o problema de como construir um país a partir de 13 estados separados, sem que cada um abrisse mão de seu próprio poder (Weatherford, 1988). A liga dos Iroqueses foi o sistema federal original, unindo as cinco principais nações indígenas em um conselho, com delegados que representavam territórios desde a Nova Inglaterra até o rio Mississipi. O sistema fascinou os europeus e os colonos norte-americanos desde os primeiros contatos. Entre os indivíduos inspirados pelo sistema de governo indígena estava Benjamin Franklin, que tomou o sistema iroquês como modelo para moldar um novo governo (Weatherford, 1988). Franklin conheceu intimamente a cultura política dos índios, principalmente dos iroqueses durante sua primeira tarefa diplomática. Ele promoveu a proposta do chefe iroquês Canassatego, de 1774, para que o novo governo americano incorporasse características do sistema iroquês (ROGOFF, 2005, p. 84).

Embora a experiência norte americana seja um paradigma, outras subsequentes podem ser citadas ao adotarem o modelo federal e incorporá-lo em suas constituições, sem que isso significasse tratar-se de mera cópia, uma vez que adaptaram o princípio federal às suas realidades político-constitucionais. É caso do Canadá em 1867, da Liga da Alemanha do Norte em 1867 e o Reich alemão em 1871, da Suíça em 1874 e a Austrália em 1901.

Importante destacar que a primeira Constituição norte americana, chamada “Os Artigos da Confederação e da União Perpétua”, que entrou em vigor em 1781 nada trouxe de novo à ideia federal. Na análise de Mário Simões Barata:

A filosofia político-jurídica subjacente à Confederação Americana era europeia e assentava sobre dois mil anos de experiência política. Por outras palavras, o desejo das treze antigas colônias inglesas de formar uma união perpétua em nada difere da vontade de criar uniões, que existiu em outros tempos e outros espaços. Na perspectiva de Davis, o Artigo 3º dos Artigos da Confederação e da União Perpétua, que se refere às metas e ao fim da mesma, é prova bastante da afirmação anterior. A disposição em causa estabelecia: os Estados acima identificados entram numa sólida liga de amizade uns com os outros para a sua defesa comum, segurança de suas liberdades, sem bem-estar geral recíproco, e comprometem-se a assistir os outros contra qualquer força ou ataque por causa de religião, soberania, trocas comerciais, ou qualquer outra razão (BARATA, 2016, p. 66-67).

Sob esse prisma, a aliança perpétua entre as treze colônias americanas não passava de uma *foedus* clássica, com um órgão central, no caso um Congresso, cujos Estados que o constituíam, a Confederação, não dependiam daquele órgão, mas sim este órgão confederado que dependia dos Estados constituintes.

Estas distorções dos Artigos da Confederação e da União Perpétua constituíram o fator motivador da Convenção Constitucional realizada na cidade da Filadélfia em 1787, cujo objetivo fora rever os Artigos da Confederação para tornar a Constituição Federal adequada às exigências de governo e à preservação da União. Em concreto, os delegados debateram os méritos e as deficiências de dois planos apresentados.

O Plano da Virgínia, que visava criar um governo nacional eleito e dotado dos instrumentos necessários para impor a sua vontade sobre os eleitores, e o Plano da Nova Jersey que se limitava a propor alguns ajustes aos Artigos da Confederação em vigor.

Prevaleceu o Plano da Virgínia, fundado nos ideais federalistas que foram propagados no seio da comunidade norte americana por meio de 85 artigos publicados em jornais do Estado de Nova Iorque, os quais foram posteriormente reunidos em obra intitulada “O Federalista”, eternizando a luta de Hamilton, Jay e Madison em prol do pacto federal, que assim pode ser sintetizada e exemplificada:

Proponho-me a discutir, em uma série de artigos, os seguintes temas de grande interesse: A utilidade da União para a vossa prosperidade política; A insuficiência da atual confederação para preservar essa União; A necessidade de um governo pelo menos com vigor similar ao do proposto para atingir tal objetivo; A conformidade da Constituição proposta com os verdadeiros princípios do governo republicano; Sua analogia com a Constituição de vosso próprio estado-membro; e finalmente, a segurança adicional que sua adoção propiciará à preservação desta forma de governo, à liberdade e à prosperidade (HAMILTON; MADSON; JAY 1993, p. 96).

Assim como o entendimento dos Federalistas, atualmente Estado Federal é uma união de Estados de natureza tal que também a própria confederação organizada de Estados, a Federação, reveste a qualidade de Estado. A totalidade das competências do Estado central é assumida em parte pelos órgãos dos Estados-membros e em parte pelos órgãos centrais da confederação organizada pelos Estados.

A distribuição das competências está de tal modo equilibrada que nem os órgãos centrais da federação, nem os órgãos dos Estados-Membros possuem, por si, a soberania das competências.

As publicações dos Federalistas ajudaram a sedimentar as bases do primeiro Estado Federal do mundo, cuja institucionalização se deu entre os dias 25 de maio e 17 de setembro de 1787, na terceira Convenção da Filadélfia, também chamada de Convenção Constitucional ou Convenção Federal. Fora convocada com o objetivo de rever os Artigos da Confederação e culminou na criação da primeira e única Constituição dos Estados Unidos da América estruturada sobre os pilares do sistema federalista.

O texto constitucional norte americano de 1.787 viria a expressar um sistema sem precedentes. Na sua base, a constituição é federal, mas, nas fontes que dão origem aos poderes de governo, ela é parcialmente federal e parcialmente nacional. Na extensão dos poderes, é federal e não nacional, mas no modo autorizado de se lhe introduzirem Emendas não é totalmente federal, nem totalmente nacional.

Isso reflete o princípio da dualidade articulado num único sistema constitucional de dois governos distintos, nacional e estadual, cada qual agindo por direito próprio, relacionando-se com os cidadãos e com domínio limitado de suas ações.

O contributo do modelo norte americano para a história do princípio federal foi a consagração de um sistema de governo territorial dual vertido numa constituição escrita que foi ratificada pelo povo, cujas premissas elementares podem ser sintetizadas nos seguintes preceitos extraídos de seu texto constitucional: a) criação de um governo nacional operante sobre os indivíduos; b) estabelecimento de um poder legislativo bicameral baseado na representação popular e na representação dos estados; c) criação de um executivo presidencial singular; d) criação de um poder judicial nacional; e) separação de cada um dos três poderes de acordo com o princípio da separação de poderes, de modo a limitar a tirania; f) atribuição de poder ao governo nacional para agir no quadro de uma jurisdição definida em termos amplos; g) estabelecimento do princípio da supremacia da Constituição; h) negação explícita de certos poderes aos estados; i) confirmação de que os estados tinham um determinado papel político; j) obrigatoriedade do governo nacional proteger os estados de qualquer invasão ou violência

interna; k) garantia da forma republicana de governo; l) incorporação de todos estes preceitos numa Constituição que configurava a lei fundamental que a todos vinculava e só podia ser revista através de um procedimento que pressupunha uma parceria entre o governo nacional e os governos estaduais.

2.1 O Estado: Elementos Constitutivos, Objetivos e Tipos

A compreensão do federalismo como forma de Estado impõe a identificação dos elementos constitutivos, objetivos e tipos, bem como adentrar as raízes do conceito de comunidade. Busca-se aferir as diferentes perspectivas que determinaram a concepção de um modelo específico de organização social e política estatal ao focar o próprio indivíduo no sentido de entender a razão que o motivou a delegar ao Estado o estabelecimento das regras necessárias à vida em sociedade e a elas se postar de maneira consciente.

Cabe à Teoria Geral do Estado o estudo da Soberania, Governo, Território e Povo como elementos constitutivos do Estado Constitucional, com o objetivo de conhecê-lo como fato social e como ordem direcionada a um fim. Tal se dá porque tais elementos caracterizam e diferenciam as complexas sociedades e estabelecem os pontos de intersecção entre elas.

A Soberania, considerando que, durante longo período, esteve atrelada a seu aspecto puramente político, submete-se ao crivo da expiação histórica como forma de se entender o natural desenvolvimento de ideias direcionadas a ordenar e disciplinar a vida em sociedade.

Primitivamente, para os povos do Oriente ou do Mediterrâneo, a família, a religião, o pensamento político e a filosofia compunham um complexo conjunto de ideias em que as leis naturais regiam o comportamento de todos e estavam acima da vontade dos governantes. Por viver neste estado de natureza, a divisão de tarefas era estabelecida pelo mais forte e entendia-se como totalmente desnecessária qualquer ordenação estatal.

Modernamente, a ideia de Estado tem seu expoente na ideia de soberania, o que, no magistério de Jorge Miranda, muito embora não fosse este um conceito inteiramente novo, Jean Bodin (*Les six livres de la République*, 1576) pô-lo a claro, purificou-o e fortaleceu-o, fazendo dele um conceito jurídico unitário (MIRANDA, 2015, p. 23).

A soberania implica imediatidade ou ligação direta entre o Estado e o indivíduo, cujo conceito, exclusivamente político, avançou de sorte a ser hoje moldado juridicamente quanto à sua aquisição, exercício e perda.

Ou seja, o poder político que lhe é inerente vem norteado por regras jurídicas internas e internacionais no sentido de impedir o uso arbitrário da força. Tal postulação sobrevive com

a ideia de independência e com a indicação de poder jurídico mais alto, que seguem agregadas ao atual sentido de soberania (CASTILHO, 2013, p. 7).

O conceito de soberania é uma das bases da ideia de Estado Moderno, tendo sido de excepcional importância para que este se definisse, exercendo grande influência prática nos últimos séculos, sendo ainda uma característica fundamental do Estado.

Hodiernamente, prevalece o fundamento culturalista, que não admite a noção meramente política em termos de força ou que se possa reduzir a soberania à condição de fenômeno totalmente submetido ao direito, uma vez que os fenômenos do Estado são, indissolavelmente, sociais, jurídicos e políticos. Para Dalmo de Abreu Dallari:

Externando com muita precisão essa concepção, MIGUEL REALE prefere denominá-la de política, embora acentuando que sua superioridade sobre as demais consiste justamente na circunstância de que só ela compreende e integra os conceitos sociais, jurídico e político do poder. Formula então o conceito de soberania como o poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência. Assim, pois, a soberania jamais é a simples expressão de um poder de fato, embora não seja integralmente submetida ao direito, encontrando seus limites na exigência de jamais contrariar os fins éticos de convivência, compreendidos dentro da noção de bem comum. Dentro desses limites o poder soberano tem a faculdade de utilizar a coação para impor suas decisões (DALLARI, 2011, p. 87).

Por sua vez, o governo, como elemento constitutivo do Estado, representa o conjunto de órgãos que dirige a vida política do Estado ou pode ser concebido como organização necessária para o exercício do Poder Político.

Contudo, para que o governo seja reconhecido interna e externamente sem sua total integridade, ao Estado deve ser conferida irrestrita soberania, ou seja, ainda que dotado de administração própria, não adquire a qualidade de pessoa jurídica de direito público internacional enquanto tutelado ou submisso a outro Estado.

Para Sahid Maluf, é uma delegação de soberania nacional, no conceito metafísico da escola francesa, ou a própria soberania posta em ação, no dizer de Esmein (MALUF, 2013, p. 27).

Sob o prisma do elemento constitutivo governo, o Estado poderá ser caracterizado como simples (ou unitário) quando possuir um governo único com plena jurisdição nacional, e composto (ou complexo), quando possuir vários níveis de governo, dotados de descentralização política.

Desse modo, a organização das instituições que atuam o poder soberano do Estado e as relações entre aquelas instituições fornecem a caracterização das formas de governo, sendo tal, o sistema político interno do Estado a fim de exercer o poder político. Segundo Dallari:

Para a maior parte dos autores, forma de governo e regime político são expressões sinônimas. DUVERGER utiliza esta última expressão, estabelecendo uma distinção entre regime político em sentido amplo, quando indica a forma que, num dado grupo social, assume a distinção geral entre governantes e governados; é regime político em sentido estrito, aplicável somente à estrutura governamental de um tipo particular de sociedade humana, que é o Estado; XIFRA HERAS faz uma distinção diferente, observando que há uma relação íntima entre forma política e estrutura da vida humana social. O conceito de forma afeta os diferentes graus da realidade política, permitindo a identificação de três espécies distintas: regime político, quando se refere à estrutura global da realidade política, com todo o seu complexo institucional e ideológico; forma de Estado, se afeta a estrutura da organização política; sistema de governo, quando se limita a tipificar as relações entre as instituições políticas (DALLARI, 2011, p. 222).

Quanto à forma de governo, duas são as principais: a Monarquia e a República. Na Monarquia, os Estados se submetem ao governo de um só, chamado monarca, que ocupa o cargo máximo do poder em caráter vitalício. É uma forma de governo que já foi adotada, por séculos, por quase todos os Estados do mundo, o que, com o passar do tempo, foi sendo gradativamente enfraquecida e abandonada.

A história revela que quando nasce o Estado Moderno a necessidade de governos fortes favoreceu o ressurgimento da monarquia, não sujeita a limitações jurídicas, o que faz surgir o qualificativo de monarquia absoluta.

Aos poucos, entretanto, vai crescendo a resistência ao absolutismo e, a partir do final do século XVIII, surgem as monarquias constitucionais. O rei continua governando, mas está sujeito a limitações jurídicas estabelecidas na Constituição.

Posteriormente, esta limitação se expande com a adoção do parlamentarismo pelos Estados monárquicos. Neste sistema parlamentar de governo, o monarca não mais governa, mantém-se apenas como Chefe de Estado e com atribuições de representação, não de governo, que passa a ser exercido por um Gabinete de Ministros.

A república, com as transformações econômicas ocorridas no final do século XIX e após duas guerras mundiais que levaram à derrocada as últimas resistências impostas pela monarquia, se impôs durante o século XX. Ela é a forma de governo que se opõe à monarquia e tem um sentido muito próximo do significado de democracia, uma vez que indica a possibilidade de participação do povo no governo. No magistério de Dallari:

Na antiguidade há referências à república, mas o sentido que se dá ao termo não corresponde ao moderno, como se verifica, por exemplo, com a expressão "república romana", que identifica o próprio Estado e não sua forma de governo. Modernamente, é com MAQUIAVEL que aparece o termo república, em oposição a monarquia (DALLARI, 2011, p. 226).

As características fundamentais da república, mantidas desde o século XVII, e que foram a razão de seu prestígio e de sua receptividade, são a temporariedade, a eletividade e a responsabilidade.

Por temporariedade, o Chefe do Governo recebe um mandato, com o prazo de duração predeterminado, sendo regra a vedação de eleições reiteradas e sucessivas reeleições do mesmo indivíduo, com vistas a não se criar um paralelo de forma a se legitimar política e juridicamente uma monarca.

A eletividade determina que Chefe do Governo seja eleito pelo povo, não se admitindo a sucessão hereditária ou por qualquer forma que impeça o povo de participar da escolha.

Já a responsabilidade, na atual fase do constitucionalismo, impõe que o Chefe do Governo seja politicamente responsável, o que quer dizer que ele deve prestar contas de sua orientação política, ou ao povo diretamente ou a um órgão de representação popular.

Além da distinção entre monarquia e república, outras classificações podem ser feitas, de acordo com certas características que se tornaram clássicas. Assim, as relações entre o legislativo e o executivo determinaram a configuração de dois sistemas, o parlamentarismo e o presidencialismo, que, por longo tempo, disputaram a primazia, tanto na monarquia quanto na república.

No presidencialismo, o Presidente exerce a representação política do Estado ao acumular as funções de Chefe de Estado e Chefe de Governo. A chefia é unipessoal da qual decorre a responsabilidade política exclusiva do executivo, decorrente de mandato outorgado por eleição, seja por colégio eleitoral, seja pelo voto direto. Para Dallari:

O presidencialismo, exatamente como ocorreu com o parlamentarismo, não foi produto de uma criação teórica, não havendo qualquer obra ou autor que tivesse traçado previamente suas características e preconizado sua implantação. Mas, diferentemente do que ocorreu em relação ao regime parlamentar, o presidencialismo não resultou de um longo e gradual processo de elaboração. Pode-se afirmar com toda a segurança que o presidencialismo foi uma criação americana do século XVIII, tendo resultado da aplicação das ideias democráticas, concentradas na liberdade e na igualdade dos indivíduos e na soberania popular, conjugadas com o espírito pragmático dos criadores do Estado norte-americano. A péssima lembrança que tinham da atuação do monarca, enquanto estiveram submetidos à coroa inglesa, mais a influência dos autores que se opunham ao absolutismo, especialmente de

MONTESQUIEU, determinou a criação de um sistema que, consagrando a soberania da vontade popular, adotava ao mesmo tempo um mecanismo de governo que impedia a concentração do poder. O sistema presidencial norte-americano aplicou, com o máximo rigor possível, o princípio dos freios e contrapesos, contido na doutrina da separação dos poderes (DALLARI, 2011, p. 237).

O parlamentarismo, ainda que comportando certas adaptações, tem como principal característica a diferença entre o Chefe de Estado e o Chefe de Governo. O Chefe de Estado (seja ele monarca ou presidente) tem como especial função a representação do Estado, ficando alheio às decisões políticas.

O Chefe de Governo (normalmente designado Primeiro-Ministro), por sua vez, é a figura que exerce o poder executivo. Via de regra é indicado pelo Chefe de Estado, mas só pode assumir o cargo após aprovação da maioria do Parlamento, característica esta que revela a inexistência de uma completa separação entre poderes no sistema parlamentarista.

O Território, como elemento constitutivo do Estado, teve seu conceito agregado efetivamente ao pensamento humano a partir do Estado Moderno, assim como a soberania. Evidente que os Estados até então constituídos possuíam território, mas a inexistência de conflitos de fronteiras e a forma de relacionamento do poder soberano com os indivíduos que compunham a sociedade não afluíam a necessidade de delimitar a área de abrangência do poder.

Paulo Bonavides argumenta que, constituindo a base geográfica do poder, o território do Estado é definido de maneira mais ou menos uniforme pelos tratadistas e ostenta poucos pontos de controvérsia, salvo aqueles ocorridos com mais frequência no domínio da fundamentação jurídica do vínculo do Território com o Estado (BONAVIDES, 2000, n.p.).

Em síntese, não existe Estado sem território, uma vez que, no momento mesmo de sua constituição, integra, num conjunto indissociável, entre outros elementos, um território, que não pode ser privado sob pena de não ser mais Estado.

Ainda, o território estabelece a delimitação da ação soberana do Estado, tendo em vista que dentro dos limites territoriais a ordem jurídica soberana do Estado é a mais eficaz, embora certas normas jurídicas do Estado reguladoras de situações pessoais e específicas possam ser concretizadas mediante permissão de outra soberania.

Também, sendo o território âmbito de ação soberana do Estado, é objeto de direitos deste, considerado no seu conjunto, alienável, assim, parcialmente havendo interesse público bem como, em circunstâncias especiais, usar o território sem qualquer limitação, até mesmo em prejuízo dos direitos de particulares sobre porções determinadas (DALLARI, 2011, p. 93).

Já a existência do elemento pessoal, povo, é a condição primeira, indispensável, para a constituição de qualquer Estado, dado este ser o objeto de sua atuação. Frise-se, ser assente que nem o termo nação, que indica uma comunidade, nem o seu derivado, nacionalidade, são adequados para qualificar uma situação jurídica, indicando, tão-só, a pertinência a uma comunidade histórico-cultural, não sendo correto o uso da expressão nação com o sentido de povo (DALLARI, 2011, p. 101).

De igual forma, o termo população, que é mera expressão numérica, demográfica, ou econômica que abrange o conjunto das pessoas que vivem no território de um Estado ou mesmo que se achem nele temporariamente.

Destaca-se a importância do elemento povo não apenas para a constituição de qualquer Estado, mas como fonte do poder democrático exercido neste, o que se extrai do art. 1º da Constituição Federal. No magistério de Fernando de Brito Alves:

Consideramos que para a realização de projetos contemporâneos de democracia, é mister que haja uma reserva clara de poder do povo. Se todo ele é alienado nas dinâmicas dos processos de representação, ou se o povo/multidão/bando dele é alijado pelas perversas dinâmicas do capitalismo, a aporia da democracia desnatura-se em devaneios metafísicos mais abstratos que o reino dos céus ou o Estado comunista (ALVES, 2013, p. 295).

Dessa forma, delineados os elementos constitutivos do Estado, possível o estudo de sua estrutura interna, no que diz respeito à projeção do poder político dentro de seu território, em especial quanto à centralização e descentralização política e administrativa. Duas, pois, são as principais formas de Estado: o Estado Unitário (simples) e o Estado Federado (composta).

Sendo o federalismo um dos objetos deste estudo, os temas relacionados ao Estado Federado são delineados em tópicos próprios deste texto. Assim, limitamo-nos neste momento apenas a conceituar de Estado Unitário como aqueles que se caracterizam, basicamente, por possuir um único poder central corporificando o poder político. Para Sahid Maluf:

Estado Unitário é aquele que apresenta uma organização política singular, com um governo único de plena jurisdição nacional, sem divisões internas que não sejam simplesmente de ordem administrativa. O Estado unitário é o tipo normal, o Estado padrão. A França é um estado unitário. Portugal, Bélgica, Holanda, Uruguai, Panamá, Peru são Estados unitários. Embora descentralizados em municípios, distritos ou departamentos, tais divisões são de direito administrativo. Não têm esses organismos menores uma autonomia política (MALUF, 2013, p. 175).

Essa organização estatal existente no mundo até a Revolução Americana em 1776 sofreu uma mudança radical com a introdução do federalismo, nova forma de Estado fundada na distribuição territorial de competências.

Até então, predominava o Estado Unitário, que, dentre as formas de estado, é a mais simples, a mais lógica, a mais homogênea, cuja ordem política, jurídica e administrativa se acham conjugadas em uma unidade orgânica, referidas a um só povo, um só território, um só titular do poder público de império.

Temos, pois, que o Estado unitário é politicamente centralizado, embora dotado de descentralização meramente administrativa. O poder central irradia-se por todo o território, sem limitações de natureza política. Caracteriza-se o Estado unitário, portanto, pela unicidade do poder.

2.2 Conceito, Características, Princípios e Espécies de Federalismo

Como já delineado neste trabalho, o estudo sobre o federalismo remonta às sociedades políticas antigas, contudo, a institucionalização do estado federal somente veio à lume com a federação norte-americana, que exerceu enorme influência nos modelos europeus e latino-americanos.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior afirmam que o Estado Federal tem raízes na experiência histórica dos Estados Unidos da América quando em 1787, ante a inadequação à realização dos propósitos políticos, econômicos e sociais dos Estados confederados decorrentes dos “Artigos de Confederação” aprovado em 1777, na chamada Convenção da Filadélfia lançaram as bases do Estado Federal norte-americano (ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 2005, p. 245).

Assim, o federalismo norte americano foi o alicerce do modelo dual, ou seja, uma dualidade interna de poder entendida como ordens jurídicas próprias. Essa é a forma institucional de organização de poder que tem por escopo construir uma federação e o traço que a distingue como tal.

Referido modelo foi adotado por outros países que, no futuro, adotaram o federalismo liberal, em especial os ibero-americanos, que têm por características governo central e governos estaduais, fruto da união de Estados autônomos, com divisão de poderes entre governo local e federal, supremacia do poder nacional em detrimento dos poderes locais e o reconhecimento de mecanismos de execução das leis.

Com efeito, a formação dos Estados Unidos da América calca-se em princípios uniformes, ideais igualitários e sentimentos comuns, diferente da grande parte dos países da Europa cuja formação histórica possui características feudais vinculadas às ideias do período da Idade Média, enxergam a comunidade em camadas ou estruturas sociais, de organização aristocrática, feudal ou outra forma de hierarquização.

Assim, os americanos preferiram uma relação horizontal enquanto os europeus uma relação vertical com larga influência de ideias aristocráticas.

Com a Declaração da Independência em 1776, todas as colônias norte americanas se proclamaram “Estados Soberanos”, elaborando cada uma suas próprias constituições, que analogicamente tiveram seus preceitos respeitados na Constituição, aquilo que se convencionou chamar de *federalist papers* que em seu art. 2º dizia: “Cada estado conserva sua soberania, liberdade e independência” (HAMILTON; MADSON; JAY 1993, p. 11).

De fato, o desenvolvimento histórico da Federação como modernamente a conhecemos inicia-se em 1787 nos Estados Unidos da América, na Convenção da Filadélfia, quando se reuniram importantes cidadãos e hoje figuras históricas para a construção de um modo inovador de uma Constituição que não se limitou a reger apenas a nação norte americana, mas marcadamente influenciou a países de diferentes culturas (SOARES, 2013, p. 34).

Dentre os convencionais, destacam-se Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, que, publicaram entre 1787 e 1788 uma série de artigos, sob o título de “O Federalista”, que viriam a constituir os pilares primordiais do constitucionalismo norte americano. Segundo Esther Bueno Soares:

Para alcançar o ponto do reconhecimento mundial, ocorreram não só grandes dificuldades, mas divergências significativas entre os convencionais, as quais foram enfrentadas, de modo diferenciado, por três grandes expoentes da política americana: Alexander Hamilton, James Madison e John Jay. Estes, utilizando o pseudônimo “Publius”, e, com este estratagema, publicaram, em maio de 1787 e maio de 1788, oitenta e cinco cadentes artigos, defendendo a Constituição trazida a público na Convenção da Filadélfia (SOARES, 2013, p. 34).

O que se buscava na Convenção da Filadélfia era a aprovação da Constituição, mas dentre seus feitos trouxe à lume um exemplo maior de república federal. Foi a época áurea americana em que o melhor de sua política, teoria, história em todos os campos da sociedade reuniram-se com o objetivo de construir uma nação.

Assim, após a ruptura das Treze Colônias Americanas com a Grã-Bretanha e a instauração a princípio de uma Confederação em 1777, graças ao empenho federalista

decorrente da Convenção da Filadélfia, superou-se o apreço da ideia de estados pequenos decorrente do receio absolutista. Até então, mantinha-se um único órgão de poder central, o Congresso Continental, inexistindo qualquer outro, sejam poderes executivo ou judiciário.

O Congresso Continental consistia numa câmara legislativa única, formada por deputados de todas as províncias americanas, aos quais não foram delegados poderes, uma vez que se buscava evitar que o congresso criasse tributos sobre as colônias distantes, regulasse a sua forma de comércio ou até exigisse tributos para custeio de suas funções principais.

A historicidade e análise dos textos de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay revelam os traumas decorrentes da dominação inglesa, o temor de ameaças aos territórios arduamente conquistados e possíveis invasões estrangeiras ante o frágil momento de desagregação da nação americana.

Tais receios, somados aos temores de ceder direitos naturais a um poder central e fragilizar a autonomia estatal, geravam uma desconcertante fragmentação governamental, o que levou à ruína do modelo confederativo, ante a inevitável falta de vinculação normativa com um poder central e obediência às normas deste emanada como forma de garantir a integridade do Estado. Para citados autores:

Afinal, por que se institui um governo? porque as paixões dos homens não se conformam aos ditames da razão e da justiça sem coação. (...) Além disso, faz parte da natureza do poder soberano uma avidez de controle que dispõe os que estão investidos de seu exercício a ver com maus olhos todas as alternativas externas de limitar ou dirigir suas ações. Em decorrência desse espírito, em toda associação política fundada no princípio de unir em torno de um interesse comum certo número de soberanias menores, estará presente nas esferas subordinadas ou inferiores uma tendência centrífuga por força do qual cada uma delas se esforçará por escapar ao centro comum. Não é difícil explicar esta tendência. Sua origem é o amor ao poder (HAMILTON; MADSON; JAY, 1993, p. 162 e 167).

Assim, o federalismo americano nasceu do insucesso do modelo confederativo, desprovido de vinculação normativa, ante a necessidade de criação de um modelo dotado de maior poder coercitivo e de rigidez vinculativa de união. Ademais, esta união que produz a indissolubilidade do pacto federativo se apresenta como o principal fator distintivo com a Confederação, de matriz tratadista e denunciável a qualquer tempo. Na concepção dos Federalistas:

Tendo, nos três últimos números, empreendido uma breve revisão das principais circunstâncias e eventos que ilustram a índole e o destino de outros governos confederados, prosseguirei agora na enumeração daqueles defeitos

mais importantes, que frustraram até hoje nossas esperanças no sistema estabelecido entre nós. Para formar um juízo seguro e satisfatório do remédio adequado, é absolutamente necessário que estejamos bem a par da extensão e da malignidade da doença. O próximo defeito muito palpável da atual confederação é a total falta de sanção às suas leis. Os Estados Unidos, tal como agora se compõem, não têm poder algum para exigir obediência às suas resoluções, ou para punir sua desobediência, seja por multas pecuniárias, suspensão ou privação de privilégios, ou quaisquer outros meios constitucionais. Não lhes foi expressamente delegada autoridade para usar força contra membros transgressores (...) A falta de uma mútua garantia entre os governos estaduais é outra imperfeição capital no plano confederacional (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p.188).

Tais ponderações explicitam o principal tema da discussão da escolha do modelo federativo pelos Estados Unidos da América, a criação de um núcleo central de governo. A interpretação dos ideais de Madison, Hamilton e Jay, revela o pensamento de que um governo central teria a utilidade de gerar uma prosperidade de políticas de integração que viesse a ser um instrumento importante na garantia de direitos fundamentais, além de mais eficiente em traduzir a segurança jurídica, política e econômica que os americanos necessitavam.

Na visão de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior Ainda:

O Estado Federal nasce do vínculo de partes autônomas, de vontades parciais. Com essa associação de partes autônomas nascem simultaneamente uma entidade central, corporificadora do vínculo federativo, e diversas entidades representativas das vontades parcelares. Todas essas entidades são dotadas de autonomia e possuem o mesmo patamar hierárquico no bojo da Federação. Essa observação preliminar necessária advertirá que reside nesse relacionamento entre vontades parciais e vontade central o cerne do Estado Federal (ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 2005, p. 246).

Por sua vez, para a construção do modelo norte-americano, Paulo Bonavides destaca a contribuição do jurista alemão Karl Strupp que distinguiu a união de direito constitucional das uniões de direito internacional. O Estado federal pertence à primeira categoria. A lei constitucional e não o tratado é que nos fornece o critério dessa modalidade de união de Estados. Não há, por conseguinte, que temer as ambiguidades de linguagem, como no caso da Suíça, quando o vocabulário político oficialmente emprega ali a expressão Confederação, em se tratando na realidade de Federação ou usa o termo cantão, significando em verdade o mesmo que Estado-membro (BONAVIDES, 2000, n.p.).

Somente o poder constituinte pode fundar o Estado Federal, cabendo à Constituição traçar os delineamentos básicos da organização federal, designando expressamente as competências entre Estado Federal e os Estados membros, dando forma às instituições e

conferindo autonomia político-administrativa para cada um, sujeitando a todos a sua ordem constitucional.

Assim, a associação federativa de entes autônomos só pode existir dentro de uma repartição constitucional de competências. Só a Constituição, corporificando a soberania do Estado, é que pode traçar o âmbito desta autonomia. Não se pode pensar em uma divisão de competências que não esteja estampada no texto constitucional, expressão maior do Estado Federal.

A autonomia no Estado Federal é revelada por meio de uma repartição constitucional de competências como forma de manter o equilíbrio e o pacto federativo, nisto reside o primeiro requisito de sua existência, assim como a repartição de receitas.

O que caracteriza o Estado Federal é justamente o fato de, sobre o mesmo território e sobre as mesmas pessoas, se exercer, harmônica e simultaneamente, a ação pública de dois governos distintos: o federal e o estadual.

Por sua vez, Dirceu Torrecillas Ramos destaca a difícil precisão do conceito de federalismo:

Não há dúvida de que uma concepção unívoca, sem ambiguidades e com seu conteúdo e seus contornos claramente estabelecidos, facilita o trabalho dos teóricos. Mas o que não se pode perder de vista é que o federalismo é fenômeno político-social, vale dizer humano, não sujeito a certezas matemáticas ou a delimitações puramente racionais e previsíveis. É absurdo, por ser contrário à natureza humana, pretender que a teoria condicione totalmente a prática. Os parâmetros teóricos são úteis mas é preciso ter sempre em vista que o ser humano é inteligente e extremamente criativo, o que deve levar ao reconhecimento de que nenhuma verdade teórica relativa a comportamentos humanos pode ser definitiva, imutável e exclusiva (TORRECILLAS RAMOS, 2000, p. 23).

Assim, o federalismo apresenta-se como um princípio político fundamental, que tem como objetivo unificar totalidades políticas diferenciadas em um conjunto de regras comuns, postas de modo a efetivar uma colaboração comum entre seus componentes.

O Estado Federal é voltado para questões internas e sua criação não se funda no direito internacional, mas no direito constitucional, uma vez que não há de se falar em Estado Federal sem uma constituição, sendo ele um conceito que não pode ser generalizado, mas apenas concretizado a partir de uma norma fundamental criadora.

A dualidade de Estados não tem de significar separação ou polarização. A dupla estrutura de sobreposição e de participação só pode sobreviver com integração política e jurídica, cabendo este papel à Constituição Federal. Em cada federação, pode-se não ter havido

historicamente um ato constitutivo, pelo menos ele tem de ser pressuposto (entenda-se ou não como ato-união).

Mas, formada a federação, doravante é a Constituição Federal, obra de um poder constituinte distinto do poder de cada um dos Estados federados, que contém o fundamento de validade e eficácia do ordenamento jurídico federativo. É ele que define, na expressão utilizada pela doutrina alemã, “a competência das competências”, ao passo que, na confederação, subsiste sempre, e só, o respectivo pacto confederativo (MIRANDA, 2015, p. 156-157).

Necessário apontar, sobretudo, os critérios distintivos buscados para fixar os conceitos de Federação e Confederação. Propunham uns a firmeza, solidez ou profundidade da relação entre os Estados, alcançando essa relação seu grau mais alto na Federação e seu ponto mais baixo na Confederação. Outros se volveriam para a consideração da indissolubilidade do laço federativo, face a possibilidade jurídica da secessão dos Estados, admissível em se tratando de organização confederativa.

Nada obsta, porém, que uma Federação venha eventualmente a dissolver-se, a despeito da profissão de fé constitucional em sua perpetuidade, feita por exemplo no caso do § 4º do artigo 60 da Constituição brasileira, que não admite por objeto de deliberação projetos tendentes a abolir a Federação (BONAVIDES, 2000, n.p.).

A sistematização do estudo do federalismo, por sua vez, destaca suas espécies relacionadas aos seus elementos característicos. Assim quanto à origem, o federalismo pode ser por agregação (centrípeto) ou por desagregação (centrífugo). Centrípeto quando se origina a partir da aglutinação de vários Estados independentes, os quais decidem abdicar de uma parcela de seu poder soberano em prol da constituição de um novo e único Estado resultante da deliberação associativa, como é o caso das Federações americana e alemã. Centrífugo quando se origina de forma inversa, ou seja, quando um Estado unitário se fragmenta criando províncias, regiões ou quaisquer outras unidades politicamente autônomas, a exemplo do que se passou no Brasil.

Quanto ao modo de divisão de competências, o federalismo pode ser dual (clássico) ou cooperativo. O dual, cronologicamente ligado aos séculos XVIII e XIX, consagra uma rígida separação de competências entre os entes federados que atuam em frentes isoladas, não se cogitando de qualquer forma de interação ou cooperação intergovernamental, a exemplo do federalismo americano nos primeiros anos de sua vigência (PUCCINELLI JÚNIOR e ARAKAKI, 2013, p. 64).

Já o federalismo cooperativo conclama todos os entes políticos a envidar esforços conjuntos para o cumprimento dos desígnios constitucionais, partindo do pressuposto da

estreita interdependência que existe em inúmeras matérias e programas de interesse comum. O Brasil ajustou-se ao federalismo cooperativo, o que se extrai do expresso no parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal de 1.988 que revela as chamadas competências comuns sujeita à implementação conjunta por todos os entes federados.

Têm-se, ainda, como espécies de federalismo o de equilíbrio, orgânico e de interação. O de equilíbrio evoca a harmonia que deve presidir as relações intergovernamentais travadas entre os distintos atores políticos, de modo a reforçar as instituições, que podem ser alcançadas pelo estabelecimento de regiões de desenvolvimento (entre Estados) e de regiões metropolitanas (entre os municípios), concessão de benefícios, além de distribuição de rendas (PUCCINELLI JÚNIOR e ARAKAKI, 2013, p. 64).

O modelo orgânico decorre da ideia de que o Estado deve ser visto como um só organismo. Suas partes (Estados-membros) só contribuem para o sustento do todo, representado pelo governo central, ao qual devem subordinação por serem meros reflexos dele.

Próximo a esse conceito, o federalismo de integração também realça a superioridade do governo central em relação às unidades periféricas, apresentando-se como um federalismo meramente formal, cuja forte assimetria entre os poderes distribuídos entre as entidades componentes da federação o aproxima de um Estado unitário descentralizado.

Além das espécies, a doutrina se debruça sobre o estudo dos princípios e características do federalismo. Não há propriamente um consenso, seja para a argumento de que os sistemas federais comportam três características essenciais, quais sejam: constituição escrita, não centralização e divisão de poderes; seja para o argumento de que cinco são as características: autonomia das entidades federadas, subsidiariedade, cooperação, participação, freios e contrapesos e autogoverno e governo partilhado (BARATA, 2016, p. 71).

Contudo, tais posições, em maior ou menor escala, submetem-se a duas principais características do federalismo, quais sejam, a sobreposição e participação. A federação se assenta numa estrutura de sobreposição a qual recobre os poderes públicos locais, estados federados, de modo a cada cidadão ficar simultaneamente sujeito a duas Constituições, a federal e a do Estado federado a que pertence, e ser destinatário de atos provenientes de dois aparelhos de órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.

A estrutura de participação, em que o poder político central surge como resultante da agregação dos poderes políticos locais, independentemente do modo de formação, o que faz surgir a terminologia clássica Estado de Estados. Se participação há igualmente na união real, não atingem nesta o desenvolvimento e a sistemática racionalização que atinge na federação (MIRANDA, 2015, p. 156).

Dessas características expostas, Jorge Miranda extrai os seguintes princípios diretivos do federalismo:

1º) Dualidade de soberanias - a de cada um dos Estados federados e a do Estado federal, tendo cada um deles a sua Constituição (e Constituição emanada de um poder constituinte originário, exercido em nome próprio), bem como o correspondente sistema de funções e órgãos (legislativos, governativos, administrativos e jurisdicionais); 2º) Participação dos Estados federados na formação e na modificação da Constituição federal, seja a título constitutivo, seja a título de veto coletivo, seja por via representativa, seja por referendos parciais; 3º) Garantia (em nível de Constituição federal) da existência e dos direitos dos Estados federados; 4º) Intervenção institucionalizada dos Estados federados na formação da vontade política e legislativa federal, através de órgãos federais com adequada representação dos Estados (senados ou conselhos federais, os primeiros com titulares eleitos e os segundos com titulares delegados dos Governos locais); 5º) Igualdade jurídica dos Estados federados, traduzida em igualdade de direitos dos seus cidadãos, em reconhecimento do valor dos atos jurídicos neles celebrados e em participação paritária nos órgãos federais ou em alguns deles; 6º) Limitação das atribuições federais, o que deriva da ideia de agregação dos Estados como hipótese explicativa da federação e possui o sentido (inverso do da descentralização política e administrativa) de que todas as matérias não reservadas ao Estado federal incumbem ou podem incumbir aos Estados federados (MIRANDA, 2015, p. 157-158).

Evidente que a concretização desses princípios deve considerar as especificidades de cada Estado federal, assim considerados perfeitos e imperfeitos. Os primeiros são os que apresentam todas aquelas características (como os Estados Unidos ou a Suíça). Os segundos são os que apresentam a maior parte delas, mas não todas, nomeadamente a intervenção dos Estados nas modificações da Constituição Federal (como o Brasil ou a Rússia).

Outras distinções também são apontadas pela doutrina. Sustenta-se que todos os Estados federais atuais são de um grau, uma vez que abaixo do Estado federal apenas há um grau de Estados federados. Na extinta União Soviética, pelo contrário, a Rússia, uma das repúblicas federadas era já por si um Estado federal, que agrupava Estados federados, ou seja, repúblicas socialistas soviéticas autônomas.

As uniões reais nunca agrupam mais de dois ou três Estados e a individualidade concreta de cada um conta sempre bastante. Mas a federação tanto pode ser apenas de dois Estados federados (por exemplo, a Checoslováquia entre 1969 e 1992), ou de meia dúzia (a Austrália, a ex-Iugoslávia) como de várias dezenas (os Estados Unidos, o México).

Há Estados federais igualitários e não igualitários (o que se prende, quase sempre, com diferenças de dimensão territorial, humana ou econômica dos Estados federados) e pode haver

hegemonia de um Estado federado sobre os demais, como no passado ocorreu com a Prússia na Alemanha imperial ou a Rússia na União Soviética.

Há federalismos de largos espaços e de pequenos espaços. Podem ter grande extensão populacional e territorial (como nos Estados Unidos, Canadá e Brasil) ou não mais que cidades ou distritos como no caso dos cantões suíços ou de alguns dos *Länder* alemães. Naqueles avulta a complexidade, nestes o carácter quase municipal, com implicações político-administrativas inerentes (MIRANDA, 2015, p. 158).

Evidente que há a situação particularíssima do Brasil, onde se articulam federalismo em nível de Estados e regionalismo político em nível de Municípios. Segundo a Constituição de 1988, a organização político-administrativa da República compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos (art. 18). Os municípios são, pois, entidades políticas integrantes da estrutura do Estado, embora não propriamente entidades estatais de 2º grau.

2.3 Federalismo Assimétrico e Modelo Cooperativo

Simetria, conforme Aurélio Buarque Holanda Ferreira, significa “correspondência em grandeza, forma e posição relativa, de partes sitas em lados opostos de uma linha ou plano médio” (FERREIRA, 2008, p. 739). Também designa a perfeita distribuição em torno de um centro, harmonia entre determinadas combinações ou proporções regulares. Logicamente, assimetria é a falta de simetria.

A assimetria, no sistema federal, refere-se a uma situação na qual as diversidades dentro de uma sociedade maior encontram expressão política, através dos governos componentes. Estes possuem vários graus de autonomia e poder. A unidade teria sob esses aspectos uma única característica ou conjunto de características que distingue seu relacionamento para com o sistema com o todo, para com a autoridade federal e para com outro Estado.

Embora não seja o objetivo principal deste estudo, uma vez que o fenômeno constitucional da assimetria, na configuração do Estado federal, ensejaria amplo desenvolvimento e discussão, necessário pontuar sua importância e relevância no campo do direito.

Com a devida ênfase no Direito Constitucional, mister é a compreensão dos postulados jurídicos e conceitos que conduzem à identificação e à qualificação do federalismo consoante os argumentos já propostos.

Nesse contexto, pode-se afirmar que todo Estado que adota a forma federativa possui algum tipo de desproporcionalidade entre seus componentes, ou seja, é assimétrico por natureza. Ademais, o federalismo importa no relacionamento entre unidades federadas, que como regra, hodiernamente, são desniveladas socioeconômica e politicamente, o que acaba por produzir relações interfederativas desiguais entre os próprios entes federativos.

Como exemplo, no Brasil, nos deparamos com as chamadas guerras fiscais, dependência de unidades industrializadas, regiões com agronegócios desenvolvidos, disponibilidade de financiamentos públicos etc.

Assim, tomado pelo direito, o termo assimétrico aponta para o estudo das diferenças ou desigualdades existentes, entre o Estado e os Estados-Membros de uma federação, com relação à dimensão territorial, população, riqueza, instituições, poder, raça, etnia e língua. Na lição de Dircêo Torrecillas Ramos:

São assimetrias de fato que requerem uma assimetria de direito para corrigi-las ou pelo menos diminuir as desigualdades entre as unidades componentes de uma federação. O princípio é o tratamento igual, e, excepcionalmente, o diferenciado. Assim como a igualdade em algum sentido é tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, deveremos tratar assimetricamente os Estados e regiões assimétricos, na medida de suas assimetrias (TORRECILLAS RAMOS, 2013, p. 121-122).

O contexto da proposta de Dircêo Torrecillas Ramos revela que o federalismo requer a observância de requisitos de equilíbrio de população, de riqueza, de território e de poder, condições estas que nem sempre se apresentam.

Os Estados- Membros e, no caso específico do Brasil, os Municípios, na realidade são desiguais uns dos outros ou apresentam desigualdades mais ou menos acentuadas dos requisitos acima apontados. Há, portanto, uma relação de interdependência entre a assimetria de fato e a de direito, uma vez que as situações de fato são o ponto de partida para a assimetria de direito, dado que serão mecanismos constitucionais que garantirão o equilíbrio.

Na atualidade, o que se observa é justamente o aprofundamento dessas diferenças, o que impõe o tratamento desigual, oportunidade que o tratamento igualitário cede espaço para o diferenciado, ante a assimetria de fato que enseja uma assimetria de direito para corrigir tais diferenças.

Essa mesma atuação assimétrica do direito, de igual forma, também é utilizada para os grupos étnicos, raciais, linguísticos e com tratamento distinto para que sejam respeitadas suas individualidades e tradições dentro da sociedade maior.

Referida diversidade de grupos e individualidades revelam que as várias faces da assimetria são importantes, diante da pluralidade das sociedades modernas e das novas comunidades que se formam, ante suas variadas composições que afloram diferenças que ensejam arranjos federais ou em um Estado Federal.

Tal diretriz decorre não apenas do ajuste federal em cada ordenamento jurídico, mas também da análise das diversas formas de relacionamentos estruturais assimétricos, o que, na síntese de Dircêo Torrecillas Ramos:

Além da questão federal, observamos na história a assimetria estrutural também no Estado unitário; a assimetria de fato e de direito; a assimetria das unidades básicas e das unidades periféricas, que são Estados associados, por exemplo; assimetria transitória e permanente neste caso, destacamos na primeira quando se alcançam soluções e desaparecem, na segunda, a questão racial, étnica que é permanente ou as tensões por simetria e por assimetria que tendem a permanecer; a assimetria funcional e a disfuncional, a primeira para a solução de diferenças, e a segunda com constantes transferências de recursos, sem soluções dos problemas, o que leva à insatisfação de algumas unidades ou à dependência de outras, contrariam a não centralização federal e provocam o desejo de secessão; a assimetria quanto ao poder das unidades, a assimetria quanto à representação das instituições centrais e nos processos intergovernamentais; a assimetria quanto aos direitos humanos; a assimetria com relação ao poder de emenda à Constituição (TORRECILLAS RAMOS, 2013, p. 122-123).

Ainda, ligadas à questão da assimetria, estão outras matérias complexas cujos reflexos ultrapassam a discussão acerca da compatibilização das diferenças materializadas entre as unidades federadas. Ricardo Victalino de Oliveira aponta temas desafiadores e ainda insolúveis que devem ser objeto de enfrentamento, como, por exemplo:

A discussão acerca dos impactos (potenciais e concretos) da indiferença de alguns governantes em efetivar a igualdade política entre seus cidadãos; das consequências advindas da assunção de uma posição de neutralidade cultural pelo Estado (sobretudo naqueles onde há patentes divergências socioculturais); dos conflitos ocasionados pela solidificação de grupos nacionalistas em Estados que deixam de atender a contento os reclamos das minorias; dos choques engendrados ao constitucionalismo em decorrência da progressiva tomada de consciência a respeito da necessidade de o poder estatal atuar como agente garantidor da preservação da diversidade; dos impactos causados às estruturas políticas em virtude da implementação de alguns direitos sociais que tomaram dimensões coletivas; e ainda, por decorrência invariável, das multifacetadas formas desenhadas para potencializar o processo de adaptação do federalismo a um mundo muito mais complexo e inconstante do que aquele em que originalmente foi concebido (OLIVEIRA, 2012, p. 10).

Considerado esse panorama apresentado, a assimetria no sistema impõe a busca de soluções concretas para alcançar o objetivo do federalismo de conceber instrumentos políticos e jurídicos de efetiva execução, para que se afaste o predicado identificador de desigualdade, não uniformidade e desproporção na disposição constitucional dos entes federados ou ainda na caracterização das relações intergovernamentais travadas por eles.

A assimetria federativa denota que o pacto estabelecido entre os entes precisa constituir-se em exequível compromisso de compatibilização dos desníveis regionais, assumindo a feição de instrumento para a superação dos fatores que travam o desenvolvimento nacional pleno e integrado. A busca de aproximação dos entes federados por meio da institucionalização de um operativo sistema de funcionamento da Federação, tal qual sugere o federalismo assimétrico, jamais poderá percorrer trajetórias contrárias aos valores que informam sua própria razão de ser (OLIVEIRA, 2012, p. 185-186).

Nessa busca de soluções para superar a assimetria, a Constituição em um Estado Federal, texto fundamental de organização política, confere poderes e distribui competências como elemento inafastável do sistema federal. Ao distinguir quais as competências de cada ente federado, dotando tais preceitos de rigidez, impossibilita suas alterações por conveniências momentâneas do poder central.

Esse é o fundamento do federalismo dual ao prever ordens distintas de competências traçadas geralmente de modo exposto na Constituição, cujas ordens jurídicas dos entes federados, excludentes umas das outras, são o elemento que mais se destaca nesta concepção de Estado federal.

Entretanto, este sistema torna praticamente impossível a existência de competências concorrentes, bem como obsta maiores divisões administrativas, como é o caso do Brasil que integrou o município à federação. Assim, *a priori*, o federalismo dual não comporta um terceiro ente federal.

No plano nacional, a Constituição Federal de 1988 não conferiu aos municípios as competências concorrentes expressas no art. 24, atribuindo-lhe a competência para legislar sobre assuntos de interesse local nos termos do art. 30.

Por sua vez, o federalismo cooperativo tem como objetivo uma maior cooperação entre o poder central e os entes federados e está intimamente vinculado à subsidiariedade, o que implica uma cooperação bidirecional, relacionada à descentralização e à autonomia dos entes locais.

Esse tipo de federalismo potencializa as possibilidades de uma cooperação intergovernamental para atender os fins comuns da sociedade, em questões econômicas, sociais

e culturais, através de programas e financiamentos conjuntos. Para José Alfredo Oliveira Baracho:

Essa cooperação repousa nas práticas políticas, muitas vezes, informais, que ocorrem no exterior das relações constitucionais. Esse federalismo concretiza-se por um conjunto de meios utilizados, em cada uma das modalidades particulares da federação. Essa perspectiva responde às mutações do mundo contemporâneo, sem alterar a repartição constitucional de competências legislativas e às fontes de financiamento. Essas disposições concretizam-se por meio de Acordos, sob as formas mais diversas, entre governantes e os diversos setores da comunidade. No interior dos mecanismos constitucionais, aparece concepção intergovernamental de políticas públicas (BARACHO, 1995, p. 53).

Tem-se, pois, que, apesar de um sistema federal respeitar as autonomias locais, na hipótese de conflitos no seu seio, o federalismo pode resolvê-los de acordo com o princípio da cooperação, ou seja, quando todos os níveis concordam sobre os rumos ou ações a serem adotados.

Cooperação que se estabelece verticalmente entre o nível federal e as unidades federais ou componentes, ou horizontalmente quando estabelecida entre as próprias unidades federais ou constituintes.

Esse modelo tende a acentuar a associação de distintos entes federados e deve considerar a existência de objetivos comuns para o crescimento nacional uniforme, os quais reclamam a definição de técnicas de repartição de competência ou critérios de atuação harmônica no texto constitucional, não sobrepostas, dos diversos atores políticos em matérias de interesse comum ou concorrente (PUCCINELLI JÚNIOR e ARAKAKI, 2013, p. 85).

Dessa forma, o propósito do modelo cooperativo é a promoção de uma partilha mais racional e harmônica, o que, como se verá a diante, adotado no Brasil pelo Poder Constituinte de 1987/1988, amplia de forma significativa as áreas de compartilhamento de poder ou de capacidade material ou legislativa, em que se vislumbram esforços coordenados e cooperados de todas as entidades federadas.

2.4 Modelo Federativo do Estado Brasileiro

A análise da formação do federalismo no Brasil impõe o estudo da implantação no país da organização do Reino português. Não há dúvidas do papel do município na consolidação da unidade do reinado, cujo individualismo municipalista nitidamente era percebido na primeira organização político-administrativa brasileira, as Capitânicas Hereditárias.

O modelo das Capitânicas Hereditárias possuía um caráter desconexo e desprovido de uma sistematização organizatória que fosse manifestação de uma consciência provincial e nacional, exteriorizado principalmente pela conduta das câmaras de vereadores, que, na grande maioria das vezes, agiam sob influência dos senhores de terra e dos costumes locais.

Grande parte desse comportamento decorria do fato de que a “central política” do Brasil estava em Portugal, e, com os interesses voltados para outros assuntos. Dois grandes fatores levaram Portugal a voltar suas atenções sobre o Brasil: A expulsão dos holandeses e a decadência do comércio lusitano nas Índias. Dessa forma, Portugal passou a tomar maiores cuidados em fazer a vigilância de sua colônia, de modo a conter futuras insurreições políticas, das quais o municipalismo é uma delas (AWAZU, 2018, p. 33).

É de se ressaltar que também os holandeses adotaram o regime municipalista, que apresentava certas peculiaridades distintivas e os aldeamentos de índios administrados por ordens religiosas não podiam ser considerados exemplos de governo local (LEAL, 2012, n.p.).

Com efeito, no século XIII, a coroa portuguesa consolida o modelo de conselhos, formados por homens bons, responsáveis por assuntos da administração local. Tais conselhos eram instituídos por uma carta de foral.

Com a expansão do Reino, Portugal adotou o modelo relativamente descentralizado das câmaras municipais, passando a Coroa a homogeneizar a legislação por todo o império ultramarino, por intermédio das Ordenações do Reino.

Além disso, a Coroa buscava manter meios de controle da colônia na América, tais como a nomeação de funcionários, Governadores Gerais, monopólios sobre o comércio e tributação. Havia, por outro lado, o incentivo ao reconhecimento com as elites locais, como a distribuição de benesses.

O que deve ser ressaltado é que, mesmo em uma monarquia absoluta, havia espaço na vida colonial para algum grau de descentralização político-administrativa. E essa descentralização, especialmente no âmbito das vilas, formará, de certa forma, a célula federativa que se manifestará no final do século.

Por sua vez, merece destaque a transferência da Corte portuguesa para o Brasil em 1808. Este fato implicou mudanças significativas para o Brasil integrante do Reino Unido Português. Com a abertura dos portos, a liberdade comercial e a implementação do aparato estatal em solo brasileiro, em especial com a do Judiciário, a colônia passou a gozar das mesmas prerrogativas da metrópole.

Com a Independência e a abertura da Assembleia Constituinte em 1823, os temas federalismo e confederação estiveram no centro do debate político. Consoante Ivo Coser:

Houve duas correntes a favor da Federação. A primeira não se fazia representar explicitamente no parlamento, mas principalmente nos jornais da época. Tal corrente era formada pelos republicanos, também chamados de Farroupilhas. Seu projeto associava a forma de governo republicana com o modelo federativo. O modelo federativo somente seria compatível com a forma republicana, na medida em que a Federação implicava a transferência de poderes para a sociedade, os cargos seriam eleitos nas províncias, e a República era o governo eleito pelo povo de forma que existiria uma compatibilidade natural entre os dois. A segunda corrente estava presente no parlamento e nos jornais sob sua influência. Sua principal diferença teórica era a sustentação da compatibilidade entre a forma de governo monárquica e o arranjo federativo (COSER, 2008, n.p.).

Entretanto, no debate político brasileiro, a percepção de que Federação e Confederação eram termos que se referiam a conteúdos políticos distintos foi se firmando lentamente ao longo do século XIX, a partir da compreensão da inovação presente no arranjo político norte-americano (COSER, 2008, n.p.). Para Luís Alberto de Fisher Awazu:

Com o fim do período colonial, a formação da unidade colonial do Brasil é um fator a ser destacado como, talvez, o principal mérito da colonização portuguesa. Apesar de, no período da independência, a estrutura político-administrativa do país ter pouco mudado em relação ao legado deixado pelo colonizador, ela também refletiu a dispersão dos núcleos de povoamento, com realidades distintas (AWAZU, 2018, p. 33).

De fato, no Brasil, com a rigidez que o marca e tido como orgânico, o federalismo não pode ser compreendido como um fenômeno pós república em 1.889, ante o ideal da descentralização política decorrer dos sistemas portugueses incrustados na gênese do país. Neste sentido pondera Maluf.

Os primeiros sistemas administrativos adotados por Portugal, as governadorias gerais, as feitorias, as capitanias, traçaram os rumos pelos quais a nação brasileira caminharia fatalmente para a forma federativa. A enormidade do território, as variações climáticas, a diferenciação dos grupos étnicos, toda uma série imensa de fatores naturais ou sociológicos tornaram a descentralização política um imperativo indeclinável da realidade social geográfica e histórica. E quando o centralismo artificial do primeiro império procurou violentar essa realidade, a nação forçou a abdicação de D. Pedro I, impondo a reforma da Carta Imperial de 1824, o que se realizou pelo Ato Adicional de 1834, concessivo da autonomia provincial (MALUF, 2013, p. 201-202).

A partir da exitosa experiência norte americana, tentou-se fazer o mesmo no Brasil. Porém, diferentemente do federalismo estadunidense de agregação, no Brasil, o movimento seguiu a lógica inversa e deu vazão a um federalismo desagregador, o que gerou cisões

traumáticas e criou grandes disparidades entre o governo central, fortalecido economicamente e os entes periféricos, política e financeiramente hipossuficientes.

Esse desequilíbrio desagregador é fator das maiores críticas sobre o federalismo brasileiro, pois a influência americana explica a dificuldade inicial do Brasil para se adaptar à nova forma estatal, transplantada sem qualquer adaptação à realidade nacional então existente.

Se na história do constitucionalismo norte-americano destaca-se o movimento centrípeto das treze colônias britânicas que, abdicando de ínfima parcela de poder, souberam aglutinar-se num corpo único e preservar substancial grau de autonomia política e administrativa, no Brasil, ocorreu justamente o contrário, ou seja, o movimento foi centrífugo. Neste, o Estado originalmente unitário fracionou-se em uma parte quase invisível do poder político até então centralizado e os repassou, impositivamente, às províncias.

Na concepção de André Puccinelli Júnior e Allan Thiago Barbosa Arakaki:

Este federalismo às avessas talvez explique a histórica deficiência de nossas unidades federativas periféricas (Estados, Distrito Federal e Municípios) que sempre demandaram maior estrutura e autonomia política, administrativa e financeira para fazer frente a todos os encargos e atribuições a ele reservados (PUCCINELLI JÚNIOR e ARAKAKI, 2013, p. 66).

Por mais de meio século, o Brasil permaneceu sob a égide de um Estado unitário e centralizador. Com a dissolução da Assembleia Constituinte em 1823, por Dom Pedro I outorgou a Constituição Imperial em 1824 e criou no Estado Brasileiro um germe de unitarismo em contraposição aos anseios constitucionalistas já emergentes na ocasião, gerador de revoltas sufocadas ferrenhamente pelo Império.

A Constituição de 1824 trouxe significativa diminuição da esfera de competências dos municípios em prol do engrandecimento do poder central, quando então as câmaras passaram a ter função unicamente administrativa, contendo completamente a autonomia municipal subjugada pelo poder centralizador, fator este desencadeador de inúmeros conflitos nas províncias brasileiras.

O Poder Central Imperial tomou para si a maior parte das atribuições e responsabilidades quanto aos governados o que o fez distanciar-se da realidade socioeconômica e cultural da população, que se acentuava com a tomada de decisões desprovidas de qualquer noção de gestão do interesse público.

Esta centralização absoluta do poder político perdurou até o do Ato Adicional de 12 de agosto 1834, que instituiu um processo de desconcentração administrativa, conhecido por propor mudanças drásticas dentro da estrutura política do país.

Dentre as mudanças proporcionadas pelo Ato Adicional de 1834, destacam-se a conversão do Império do Brasil em uma monarquia federativa, a supressão do Conselho de Estado, a supressão do Poder Moderador, a renovação do Senado com o fim da vitaliciedade, a transformação dos Conselhos de Província em Assembleias Legislativas Provinciais e a implementação de imunidades Parlamentares para os legisladores provinciais.

Contudo, tais mudanças de matriz progressista, consideradas como o germe da descentralização política no país, foram intensas em demasia para a cultura política então vigente, sendo boa parte delas reconsideradas na Lei da Interpretação de 1841, sedimentando os anseios de mudança.

Ainda no período imperial, foi significativa a contribuição do Manifesto do Partido Republicano de 1870, que difundiu a ideia do modelo federativo como o mais adequado à realidade brasileira, dada sua extensão territorial que ostentava inúmeras diferenças socioeconômicas, culturais e geográficas, o que impunha uma necessária administração e governo local.

Assim, contrariamente ao exemplo norte-americano, o federalismo brasileiro surgiu como resultado fatal de um movimento de dentro para fora e não de fora para dentro; de força centrífuga e não centrípeta; de origem natural-histórica e não artificial (MALUF, 2015, p. 201). De certo modo, deve-se a queda do Império mais ao ideal federativo e aos interesses regionais e de classes do que ao ideal republicano, o que encontra argumento nas considerações de Maluf:

Tanto assim que o Manifesto Republicano de Itu, em 1870, justificava-se combatendo o centralismo imperial, proclamando, em resumo, que no Brasil, antes ainda da ideia democrática, encarregou-se a natureza de estabelecer o princípio federativo. Acresce observar que o último e desesperado esforço do Gabinete de Ouro Preto no sentido de salvar a monarquia agonizante consistiu em desfraldar a bandeira do federalismo. Mas já era tarde; poucos meses depois proclamava-se a República Federal (MALUF, 2013, p. 202).

O histórico de rebeliões nas províncias, o movimento abolicionista e a crescente insatisfação da classe política conduziram à queda do regime imperial. Com a proclamação da república, como primeiro ato, o Marechal Deodoro da Fonseca editou o Decreto nº 1 de 15 de novembro de 1889, cujo art. 1º declarou proclamada provisoriamente e decretada como forma de governo da nação brasileira a República Federativa do Brasil.

Em seu art. 2º, o Decreto expressamente trouxe o laço federativo entre as Províncias e a União, constituindo-se então os Estados Unidos do Brasil. O art. 3º garantiu a cada um dos Estados o exercício de sua legítima soberania e eleição dos seus corpos deliberantes e os seus Governos locais.

O anseio das antigas províncias por maior autonomia político-administrativa em relação ao governo central, assim como em decorrência do receio de que viessem à tona tentativas de ressurreição de um Estado imperial ou unitário, fez o Governo Provisório estabelecer no art. 7º do Decreto nº 1/1889 a rígida imposição da República Federativa:

Art. 7º. Sendo a República Federativa brasileira a forma de governo proclamada, o Governo Provisório não reconhece nem reconhecerá nenhum Governo local contrário à forma republicana, aguardando, como lhe cumpre, o pronunciamento definitivo do voto da Nação, livremente expressado pelo sufrágio popular.

Os atos do Governo Provisório revelam a preocupação de se resguardar a forma federativa de Estado e contentar as reivindicações efetuadas durante todo o Império por mais autonomia regional. O movimento provisório de implantação da República Federativa brasileira foi posteriormente ratificado com a promulgação da Constituição Federal de 1891.

A Constituição de 1891 inaugurou uma nova forma de organização política delineada em seu art. 1º, com a adoção como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, constituída pela união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil.

Destacou-se na Constituição de 1891 a autonomia dos Estados, prevendo-se no *caput* do art. 6º a não intervenção do Governo Federal nos Estados-membros, podendo estes elaborar suas próprias Constituições obedecidas às competências expressas no art. 63, que deveriam se organizar de forma a respeitar a autonomia municipal (art. 68), podendo celebrar entre si ajustes e convenções sem caráter político (art. 65, 1º).

Ainda extinguiu o Poder Moderador, estabeleceu a independência entre Executivo, Legislativo e Judiciário (art. 79), impôs a eleição para os dois primeiros (arts. 16, § 2º e 41, *caput*) e garantiu a vitaliciedade do cargo e da irredutibilidade de vencimentos ao Poder Judiciário (art. 57, *caput* e § 1º).

Na visão de Said Maluf, o federalismo brasileiro estruturado na Constituição de 1891 segundo o modelo norte-americano buscou ajustar a um sistema jurídico-constitucional estrangeiro uma realidade completamente diversa, o que resultou em uma Carta Maior escrita

que não reproduziu a Constituição real do país, o que futuramente seria motivo de insurreições (MALUF, 2013, p. 203).

Esse modelo federalista estabelecido na Constituição de 1891 foi deturpado a partir da Revolução de 1930, quando então, após a deposição do Presidente Washington Luís, Getúlio Vargas passou a governar por decreto e a nomear interventores para os Estados.

Este estado de exceção motivou a Revolução de 1932, reprimida pelo Governo Provisório, mas fomentadora da convocação de uma nova Assembleia Constituinte em 1933, que acabou por propiciar a promulgação da nova Constituição em 16 de julho de 1934, que em seu art. 1º conservou a forma federativa de Estado.

Apesar da manutenção do regime federativo, o texto constitucional de 1934 alterou significativamente a competência dos Estados e da União para legislar, especialmente no que tange ao processo. De fato, a nova Constituição retirou a competência antes conferida por sua antecessora aos Estados membros para legislar sobre processo penal e processo civil (PUCCINELLI JÚNIOR e ARAKAKI, 2013, p. 72).

Tais alterações, contudo, não implicam em ruptura com a descentralização uma vez que visou padronizar as normas processuais como forma de racionalização, trâmite e análise de recursos para o convergente Supremo Tribunal Federal, o que exigia a uniformização dos ritos.

A Constituição de 1937, outorgada em 10 de novembro deste ano, de traços inequivocamente autoritários, mais uma vez deturpou o federalismo brasileiro, pois, apesar de manter o regime federativo (art. 3º) e conferir aos Estados e Municípios certa autonomia organizacional, expressava o permanente estado de emergência em todo o país (art. 186) e concedia ao Presidente da República poderes extremos, como, por exemplo, o de dissolver a Câmara dos Deputados (art. 75, *b*), uma verdadeira contradição ao federalismo.

A luta contra o totalitarismo na Segunda Guerra Mundial e a vitória dos Aliados comandados por nações democráticas acarretaram uma crescente onda de luta contra as ditaduras e regimes de exceção, cujos ventos também sopraram no Brasil e culminaram com a renúncia forçada de Getúlio Vargas em 29 de outubro de 1945, pondo fim ao Estado Novo.

No dia seguinte à renúncia, assumiu como presidente interino o presidente do Supremo Tribunal Federal, José Linhares, que de imediato estabeleceu para o dia 2 de dezembro de 1945 eleições diretas para Assembleia Constituinte e para Presidente da República, quando então fora eleito Eurico Gaspar Dutra, que tomou posse em 31 de janeiro de 1946.

Os trabalhos da Assembleia Constituinte resultaram na promulgação da Constituição em 18 de setembro de 1946, que reconduziu o Brasil à democracia e reafirmou a forma federativa de Estado em seu art. 1º. Seu texto promoveu substancial descentralização política,

com regras de não intervenção nos Estados sem justificativas excepcionais, não possibilitando a nomeação pelo Executivo Federal de Governadores nos Estados, bem como garantiu a autonomia dos Municípios.

Todavia, em que pese a grande importância da Constituição de 1946 para a redemocratização do país e estabilidade institucional, repetiu equívocos dos textos anteriores que propunha o superdimensionamento do ente federal. Para André Puccinelli Júnior e Allan Thiago Barbosa Arakaki:

O texto de 1946 também continha algumas imperfeições como a detectada na redação imprópria do art. 1º, § 1º, ao prever que a União compreenderia os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. É dizer, a União seria um ente hierarquicamente superior e abrangeria dos entes menores (Estados, Municípios e Distrito Federal (PUCCINELLI JÚNIOR e ARAKAKI, 2013, p. 75).

Merece destaque o texto da Constituição de 1946 ao trazer a característica diferenciada de encampar a ideia do Município, ao lado da União, os Estados-membros e o Distrito Federal, dotando-os de autonomia, assim entendida a capacidade de autodeterminação dentro de um rol de competências constitucionalmente definidas nos termos do art. 18 da Constituição.

Com o advento do Golpe de 1964, mais uma vez o federalismo brasileiro sujeitou-se à crise. O Estado de Exceção “legitimado” pelo Ato Institucional nº 1 de 9 de abril de 1964 investiu a Junta Militar no Poder Constituinte e partir de então passou a elaborar emendas à Constituição de 1946 que a desfiguraram totalmente.

Eleito indiretamente em 11 de abril e empossado em 15 abril de 1964, o Presidente Humberto de Alencar Castello Branco editou em 7 de dezembro de 1966 o Ato Institucional nº 4, responsável pela convocação do Congresso Nacional para a votação de um projeto de Constituição.

Promulgada em 24 de janeiro de 1967, a nova Constituição não só contemplou o regime federativo (art. 1º), mas também inseriu a Federação e a República como cláusulas pétreas (art. 50, § º). Contudo, era um federalismo falso, o que se revela com o próprio texto do § 1º do art. 16:

§ 1º. Serão nomeados pelo Governador, com prévia aprovação: a) da Assembleia Legislativa, os Prefeitos das Capitais dos Estados e dos Municípios considerados estâncias hidrominerais em lei estadual; b) do Presidente da República, os Prefeitos dos Municípios declarados de interesse da segurança nacional, por lei de iniciativa do Poder Executivo.

Extrema era a concentração de poderes nas mãos do Governo Central, demonstrando que formalmente tratava-se de um Estado Federal, mas, na prática, os demais entes estavam em situação de dependência em relação ao ente central, que detinha poderes maiores.

Essa situação agravou-se com a edição do Ato Institucional nº 5 de 13 de dezembro de 1968, que, por expressa disposição, sequer possibilitava a apreciação dos atos com base nele praticados pelo Poder Judiciário.

O Ato Institucional nº 5 conferia poderes ao Presidente da República, nos termos de seu art. 2º, de decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República.

Ainda, conferia ao Poder Executivo correspondente autorização para legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios. Evidente que essa monopolização autoritária de poderes presidenciais desfigurou completamente o sistema federativo brasileiro.

A Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969 manteve o excessivo centralismo e incorporou enérgicas medidas repressivas ao texto constitucional o que fez com que o Brasil continuasse a ser um Estado Federal apenas na nomenclatura, um vez que o recrudescimento da ditadura militar redundou na concentração de poderes no governo central e no esvaziamento da autonomia dos demais entes federados.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 11 de 13 de outubro de 1978 à Constituição de 1967, marco da transição e abertura política, deu-se início a uma série de medidas e alterações constitucionais rumo à redemocratização. A Emenda Constitucional nº 11 de 19 de novembro de 1980 à Constituição de 1967 acabou com a possibilidade de nomeação de governadores e estabeleceu eleições diretas para Governador e Vice que se realizaram em 1982, considerado um divisor de águas no processo de redemocratização do país e consolidação da autonomia política das unidades federadas.

Com a reprovação da Proposta de Emenda à Constituição nº 5 de 18 de abril de 1984, a chamada Emenda Dante de Oliveira, que gerou grande mobilização popular e o movimento conhecido como “Diretas Já”, o Colégio Eleitoral elegeu em 15 de janeiro de 1985 como Presidente Tancredo de Almeida Neves, que não chegou a tomar posse e faleceu em 21 de abril de 1985.

A transmissão do cargo de Presidente deu-se em 15 de março de 1985 para o Vice-Presidente José Sarney, quando então findou-se a era militar contemporânea no Brasil. Por sua vez, José Sarney, em cumprimento ao disposto na Emenda Constitucional nº 26, de 27 de

novembro de 1985, convocou a Assembleia Nacional Constituinte responsável pela promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1998. Com a Constituição Federal de 1988, inicia-se uma efetiva reestruturação do Federalismo brasileiro, que buscou maior equilíbrio na distribuição de receitas e competências

Contudo, nossa histórica vocação centralizadora, inaugurada com a Carta Imperial de 1824, presente na República Velha e intensificada em períodos de aguda crise democrática como no Estado Novo de Getúlio Vargas e nas duas décadas do Regime Militar pós 1964, foi apenas melhorada com o advento da Constituição de 1988.

A Carta Maior, ao redefinir as bases constitucionais para o estabelecimento de relações intergovernamentais harmônicas, na esfera da efetivação das promessas sociais, acarretou o aumento das desigualdades regionais ao impor pesados fardos aos demais entes, em especial aos Municípios.

O pretendido destaque ao princípio da subsidiariedade para realçar o papel dos demais entes e as relações intergovernamentais encontrou com o passar dos anos entraves decorrentes das características do federalismo brasileiro.

Com a Constituição de 1988, os constituintes estavam fortemente influenciados pelo repúdio aos tempos de exceção, logo procurou-se criar uma Federação singular, inconfundível e, detentora de várias características peculiares das quais se sobressai a existência de três níveis de governo (federal, estadual e municipal), todos dotados de autonomia administrativa, política e financeira e, sobretudo, competências tributárias privativas, nos termos do *caput* do art. 1º.

Dentre as características próprias do modelo federalista adotado no Brasil, merece atenção a autonomia municipal, particularidade e inovação genuinamente brasileira, inexistindo paralelo em outras nações. O princípio da autonomia municipal assume grande relevância no ordenamento jurídico brasileiro, ante sua capacidade de autogoverno, organização e gerência privativa de seus respectivos serviços, competência legislativa própria e autonomia financeira.

A nova ideia de federalismo objetivou uma distribuição mais equilibrada, racional e harmônica de poderes entre as distintas esferas de governo, mitigando as tensões que outrora prevaleceram no relacionamento desigual de um robusto órgão central, com ênfase ao chamado Federalismo Cooperativo do Estado providencial que chancela a atuação solidária e conjunta dos distintos atores políticos.

Assim, diagnosticada a metamorfose do regime federativo brasileiro, não só introduziu dois novos entes ao arranjo original (Município e Distrito Federal), mas ainda substituiu o modelo dual pelo chamado Federalismo cooperativo, pautado na solidariedade intergovernamental, máxime no que atina à ordenação e à execução de políticas afetas à

segurança, à educação e à saúde pública, temas centrais de qualquer Estado contemporâneo (PUCCINELLI JÚNIOR e ARAKAKI, 2013, p. 82).

Tal sistema de distribuição cooperativa adveio da nova organização federativa, delineada na Assembleia Constituinte de 1987/1988, justamente à vista dos anseios de racionalização, coordenação, equilíbrio e atuação harmônica dos atores governamentais em prol de uma pauta axiológica bem definida.

O pacto federativo estruturado pela Constituição Federal de 1988, além de estabelecer absoluta paridade entre os seus signatários, contrapôs-se ao chamado federalismo dual, posto não se caracterizar pela separação de competências estanques. Optou pelo federalismo cooperativo, de forma a estimular ações conjuntas em assuntos estratégicos pertinentes a todos os entes políticos, como evidencia o parágrafo único do art. 23 da Constituição.

Assim, nessa repartição de competências, há um compartilhamento de poder ou de capacidade legislativa e administrativa, uma vez que combina a reserva de campos específicos de atuação privativa com a possibilidade de normatização e execução de serviços de áreas comuns em que se notam atuações paralelas entre as quatro entidades federativas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), cujo objetivo precípua é a plena consecução dos anseios e valores constitucionais.

3 DELINEAMENTO DO SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Para melhor compreensão do tema expresso no título, mister a compreensão do significado da expressão “direitos fundamentais”. O conceito deste não se confunde com o de direitos humanos, embora essa terminologia tenha sido difundida por alguns autores para o fim de denominá-la como “direitos humanos fundamentais”, seguindo a terminologia da UNESCO. Para Ingo Wolfgang Sarlet:

No que concerne à terminologia e ao conceito adotados, a própria utilização da expressão “direitos fundamentais” no título desta obra já revela, de antemão, a nossa opção na seara terminológica, o que, no entanto, não torna dispensável uma justificação, ainda que sumária, deste ponto de vista, no mínimo pela circunstância de que, tanto na doutrina, quanto no direito positivo (constitucional ou internacional), são largamente utilizadas (e até com maior intensidade), outras expressões, tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”, apenas para referir algumas das mais importantes. Não é, portanto, por acaso, que a doutrina tem alertado para a heterogeneidade, ambiguidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que diz respeito ao significado e conteúdo de cada termo utilizado, o que apenas reforça a necessidade de obtermos, ao menos para os fins específicos deste estudo, um critério unificador. Além disso, a exemplo do que ocorre em outros textos constitucionais, há que reconhecer que também a Constituição de 1988, em que pesem os avanços alcançados, continua a se caracterizar por uma diversidade semântica, utilizando termos diversos ao referir-se aos direitos fundamentais. A título ilustrativo, encontramos em nossa Carta Magna expressões como: a) direitos humanos (art. 4º, inc. II); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5º, § 1º); c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI) e d) direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inc. IV) (SARLET, 2015, p. 27).

Na análise dogmático-jurídica dos direitos fundamentais à luz do direito constitucional positivo, há que se levar em conta a sintonia desta opção (direitos fundamentais) com a terminologia utilizada pela nossa Constituição. Esta, na epígrafe do Título II, se refere aos “Direitos e Garantias Fundamentais” que genericamente abrangem todas as demais espécies ou categorias de direitos fundamentais.

Para tanto, dispôs em seus capítulos: os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I), os direitos sociais (Capítulo II), a nacionalidade (Capítulo III), os direitos políticos (Capítulo IV) e o regramento dos partidos políticos (Capítulo V).

Tais categorias igualmente englobam as diferentes funções exercidas pelos direitos fundamentais, de acordo com parâmetros desenvolvidos especialmente na doutrina e na jurisprudência alemãs e recepcionadas pelo direito luso-espanhol. São os direitos de defesa

(liberdade e igualdade), os direitos de cunho prestacional (incluindo os direitos sociais e políticos na sua dimensão positiva), bem como os direitos-garantia e as garantias institucionais, aspectos que ainda serão objeto de consideração.

O uso da expressão “direitos fundamentais” pelo Constituinte de 1987/1988 foi inspirado principalmente na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição portuguesa de 1976, rompendo com a tradição do direito constitucional positivo pátrio.

Esse argumento não positivista revela que a moderna doutrina constitucional evita a utilização de termos como “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, “direitos individuais” e “direitos públicos subjetivos”, “direitos naturais”, “direitos civis”. Também, evita as suas variações, dada sua generalidade desassociada do estágio atual da evolução dos direitos fundamentais no âmbito de um Estado, democrático e social de Direito.

De igual forma a doutrina aponta a necessária distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. Não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos. Nesse contexto, de acordo com os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). A consideração de que o termo “direitos humanos” pode ser equiparado ao de “direitos naturais” não nos parece correta, uma vez que a própria positivação em normas de direito internacional, de acordo com a lúcida lição de Bobbio, já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam – ao menos em parte (mesmo para os defensores de um jusnaturalismo) – da ideia de um direito natural. Todavia, não devemos esquecer que, na sua vertente histórica, os direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais) radicam no reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos naturais do homem, que, neste sentido, assumem uma dimensão pré-estatal e, para alguns, até mesmo supra-estatal. Cuida-se, sem dúvida, igualmente de direitos humanos – considerados como tais aqueles outorgados a todos os homens pela sua mera condição humana –, mas, neste caso, de direitos não positivados (SARLET, 2015, p. 29).

Assim, expressão “direitos fundamentais”, originariamente utilizada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na França em 1789, relaciona-se aos direitos expressamente positivados nas Constituições de cada país, enquanto a expressão “direitos humanos” costuma ser empregada em referência aos direitos reconhecidos pela ordem jurídica supranacional. Na percepção de José Joaquim Gomes Canotilho:

Sem esta positivação jurídico-constitucional, os “direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechts-normen*). Por outras palavras, que pertencem a CRUZ VILLALON: “onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjectivos públicos dos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios”. Daí a conclusão do autor em referência: os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem consequências jurídicas (CANOTILHO, 1993, p. 497).

De fato, a positivação jurídico-constitucional dos direitos fundamentais confere maior grau de efetividade, pois conta com uma estrutura judiciária capaz de obrigar os destinatários das normas respectivas ao seu devido cumprimento.

O mesmo não se verifica com os direitos humanos, na medida que o conceito de soberania serve de óbice para que os Estados, em especial, o Legislativo, Executivo e Judiciário, descumpram tratados internacionais relativos a direitos humanos. Como observa Ingo Wolfgang Sarlet:

Neste contexto, de acordo com o ensinamento do conceituado jurista hispânico Pérez Luño, o critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias é o da concreção positiva, uma vez que o termo “direitos humanos” se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito. Assim, ao menos sob certo aspecto, parece correto afirmar, na esteira de Pedro C. Villalon, que os direitos fundamentais nascem e acabam com as Constituições, resultando, de tal sorte, da confluência entre os direitos naturais do homem, tais como reconhecidos e elaborados pela doutrina jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, e da própria ideia de Constituição. Neste contexto, situa-se – apenas para citar um posicionamento extraído da literatura filosófica – o recente magistério de Otfried Höffe, ao destacar a pertinência da diferenciação conceitual entre direitos humanos e fundamentais, justamente

no sentido de que os direitos humanos, antes de serem reconhecidos e positivados nas Constituições (quando se converteram em elementos do direito positivo e direitos fundamentais de uma determinada comunidade jurídica), integravam apenas uma espécie de moral jurídica universal. Assim, ainda para Höffe, os direitos humanos referem-se ao ser humano como tal (pelo simples fato de ser pessoa humana) ao passo que os direitos fundamentais (positivados nas Constituições) concernem às pessoas como membros de um ente público concreto. Igualmente – muito embora por razões diversas –, apontando para uma possível distinção entre direitos fundamentais e o que designa de direitos morais (reconhecendo, contudo, que os direitos fundamentais possuem um conteúdo e fundamentação de cunho moral), vale referir a lembrança de Habermas, no sentido de que os direitos fundamentais, que se manifestam como *direitos positivos de matriz constitucional*, não podem ser compreendidos como mera expressão de direitos morais, assim como a autonomia política não pode ser vista como reprodução da autonomia moral (SARLET, 2015, p. 27).

No que tange à amplitude desta proteção dos direitos das pessoas, a doutrina professa que os “direitos humanos” (internacionais) são mais amplos que os chamados “direitos fundamentais” (internos). Estes últimos, sendo positivados nos ordenamentos jurídicos internos, não têm um campo de aplicação tão extenso quanto o dos direitos humanos, ainda mais quando se leva em conta que nem todos os direitos fundamentais previstos nos textos constitucionais modernos são exercitáveis por todas as pessoas, indistintamente (MAZZUOLI, 2016, p. 27).

Tome-se, como exemplo, o direito de voto, que não pode ser exercido pelos conscritos, durante o período de serviço militar, sem falar nos estrangeiros (CF, art. 14, § 2.º). Tal direito, como se nota, é típico direito fundamental que, por não ser dotado da característica da internacionalidade, sofre limitações em razão dos interesses do Estado. Para Valério de Oliveira Mazzuoli:

Os direitos humanos, diferentemente dos direitos fundamentais, podem ser vindicados indistintamente por todos os cidadãos do planeta e em quaisquer condições, bastando ocorrer a violação de um direito seu reconhecido em norma internacional aceita pelo Estado em cuja jurisdição se encontre. Talvez por isso certa parte da doutrina tenha preferido o uso da expressão *direitos humanos fundamentais*, com o intuito de significar a *união material* da proteção de matriz constitucional com a salvaguarda de cunho internacional desses direitos (MAZZUOLI, 2016, p. 28).

Destaca-se que a Constituição Federal de 1988 se utilizou das expressões direitos fundamentais e direitos humanos com precisão técnica, o que se observa de seu emprego ao referir-se aos direitos nela previstos como fundamentais, como no caso do art. 5º, § 1º.

A seu turno, quando o texto constitucional se refere às normas internacionais de proteção da pessoa humana emprega a expressão “direitos humanos”, o que se denota do texto do § 3.º do citado art. 5º. Já quando a Constituição pretende se referir, indistintamente, aos direitos previstos pela ordem jurídica interna e pela ordem jurídica internacional, não faz menção direta a nenhuma das expressões, como se observa do texto do § 2.º do art. 5º.

Ressalte-se que o sentido atribuído às expressões direitos humanos ou direitos humanos fundamentais e direitos fundamentais não são excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e interrelacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de positivação, cujas consequências práticas não podem ser desconsideradas (SARLET, 2015, p. 35).

Contudo, como já delineado, os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados, e é sob este ângulo, não excludente de outras dimensões, que deverão os temas serem analisados neste estudo.

3.1 Direitos Fundamentais Sociais

Na forma acima já delineada neste estudo, observada a matriz constitucional positiva, na análise dogmático-jurídica dos direitos fundamentais, evidente é sua opção com a terminologia utilizada pela nossa Constituição no Título II que se refere aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, de forma a abranger todas as demais espécies ou categorias de direitos fundamentais, e em específico os direitos sociais no Capítulo II. Tal categoria igualmente engloba as diferentes funções exercidas pelos direitos fundamentais como direitos de cunho prestacional.

Diferentemente dos direitos de primeira dimensão, que trazem uma zona de não intervenção/abstenção do Estado com destaque para a autonomia individual, os direitos sociais são chamados de direitos positivos, pois exigem uma conduta positiva dos poderes públicos.

Considerados como de segunda dimensão, os direitos sociais são caracterizados pela exigência de alguma atuação positiva do Estado necessária à implementação dos valores fundamentais expressos na Constituição decorrentes das vontades e anseios do poder constituinte, bem como ações materiais voltadas à efetivação das liberdades públicas.

Revelam a evolução do Estado de Direito, de matriz liberal-burguesa, para o Estado democrático e social de Direito, incorporando-se à maior parte das Constituições pós Segunda Guerra Mundial. Na acepção de Sarlet:

Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-de-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos. Assim, enquanto os direitos de defesa (*status libertatis* e *status negativus*) se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos a prestações, que, de modo geral, e ressalvados os avanços registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao *status positivus* de Jellinek, implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática) (SARLET, 2015, p. 199).

Assim, os direitos sociais estão relacionados com o conceito de igualdade, impondo ao Estado um conjunto de obrigações materializadas em normas constitucionais, elaboração de políticas públicas, ações afirmativas etc., a fim de garantir a todos o direito à saúde, à educação, à assistência social, ao trabalho, dentre outros.

Alexy conceitua tais direitos como de prestação em sentido estrito (2012, p. 499), ou seja, direito a uma ação positiva, a uma ação do Estado, motivo pelo qual se configura um direito a uma prestação. Nesse sentido, o conceito de direito a prestações é exatamente o oposto do conceito de direito de defesa, no qual se incluem todos os direitos a uma ação negativa, ou seja, a uma abstenção estatal. Para citado autor:

Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como por exemplo, direitos à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito (ALEXY, 2012, p. 499).

Para Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Junior, tais direitos sociais são um subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, quer ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade (DALLARI e NUNES JUNIOR, 2010, p. 63). Já na definição de José Afonso da Silva:

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, “são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais. Valem como pressuposto de gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade (SILVA, 2002, p. 199).

Contudo, os critérios exclusivamente formais apontados no texto constitucional, motivo de debate doutrinário, têm-se mostrado insuficientes para reconhecer os direitos fundamentais sociais. O constitucionalismo alemão, para Ana Carolina Lopes Olsen, na voz de Carl Schmitt, estabeleceu critérios de ordem material e estrutural, no sentido de que seriam direitos fundamentais aqueles vinculados ao fundamento do Estado Liberal (material) e com estrutura idêntica a dos direitos individuais de liberdade (estrutural) (OLSEN, 2010, p. 34).

Essa proposta, entretanto, mostra-se insuficiente para a identificação dos direitos fundamentais nas constituições contemporâneas, especialmente após a preocupação com o Estado Social de Direito e o advento de novas categorias de direitos: coletivos, de natureza social, voltados para a realização da igualdade, que exigiam uma posição ativa do Estado e de proteção do indivíduo contra a ingerência dos poderes públicos na sua esfera de liberdade. Neste sentido, Alexy criticou a proposta de Carl Schmitt:

Uma definição do conceito de direito fundamental como essa, orientada por teses substanciais e estruturais, tem inconvenientes. Ela vincula de antemão o conceito de direito fundamental a uma determinada concepção de Estado, e não há consenso para se afirmar que essa determinada concepção é a concepção da Constituição alemã. Um direito como o direito à garantia de um mínimo existencial não poderia ser classificado como "direito fundamental", ainda que pudesse ser fundamentado com base em normas do catálogo de direitos fundamentais, visto que não tem a estrutura de um direito de liberdade do Estado de Direito liberal. É aconselhável, por isso, e ao contrário do que faz Schmitt, não limitar de antemão o conceito de direito fundamental e, com isso, o conceito de normas de direito fundamental (ALEXY, 2012, p. 67).

Ao findar sua análise, Alexy reconheceu que critérios exclusivamente formais mostram-se insuficientes para a identificação dos direitos fundamentais, especialmente porque a Lei Fundamental Alemã expressa que são direitos fundamentais não somente aqueles previstos como tais, mas também direitos chamados “*adsritos*” às normas de direitos fundamentais (ALEXY, 2012, p. 68-69).

Para ele, esses direitos podem ser identificados como fundamentais se as normas correspondentes tiverem relação de precisão e relação de fundamentação com o texto das

normas de direitos fundamentais positivadas. Estas duas relações – de precisão e de fundamentação – decorrem de uma “fundamentação jusfundamental correta” (OLSEN, 2010, p. 35). E conclui Alexy:

O que aqui se sustenta acerca dessas definições é apenas que elas são adequadas para uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã. Levando-se em consideração que, no âmbito dos conceitos aqui desenvolvidos, inúmeras diferenciações são possíveis, então, é possível afirmar que essas definições têm quatro vantagens: (1) elas se apoiam da forma mais estreita possível na Constituição alemã; (2) sem que, com isso, excluam considerações de caráter geral; (3) por meio delas não escolhem de antemão teses substanciais e estruturais; e (4) elas abrangem, em grande medida, as disposições às quais se costuma atribuir, no debate sobre o tema, um caráter de direito fundamental (ALEXY, 2012, p. 69).

No que concerne ao conceito material de direitos fundamentais sociais, Ana Carolina Lopes Olsen explica que a utilidade de um conceito não se revela exclusivamente como critério para a identificação dos direitos fundamentais fora do catálogo do Título II da Constituição Federal, mas também para informar o intérprete a respeito de quais valores foram levados em consideração pelo constituinte para a previsão constitucional destes direitos (OLSEN, 2010, p. 38).

A partir dessa consciência axiológica, a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais assume, necessariamente, outra conotação. Dar efetividade aos direitos fundamentais não é tão somente cumprir a letra fria da Constituição, mas respeitar os valores construídos e difundidos na sociedade, trilhando os caminhos que ela mesma traçou ou pretendeu traçar (OLSEN, 2010, p. 38).

Também o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos parâmetros materiais de identificação de direitos fundamentais não expressos ou mesmo implícitos merece destaque, na medida em que o constituinte estatuiu, no § 2º do art. 5º da Constituição Federal que seriam aceitos também como direitos fundamentais outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Para Olsen:

O princípio da dignidade da pessoa humana colocou o Estado brasileiro a serviço do homem, de modo que “é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”. Sob esta ótica, ao preceituar o homem como valor-fonte do ordenamento jurídico, dotado de valor intrínseco, e neste sentido, titular de um direito ao seu livre desenvolvimento, autônomo e consciente, o princípio da dignidade da pessoa humana faz referência a direitos que coloquem os seres humanos em patamar de igualdade entre si, que lhe garantam o sustento, o acesso ao conhecimento necessário para a livre

manifestação do seu pensamento e para a luta pelos seus interesses. Direitos que o protejam quando ninguém mais estiver presente para lhe estender a mão, já que os direitos existem precisamente para proteger o homem da dependência da amizade, do amor, da solidariedade do próximo, como bem ressaltou Hannah Arendt (OLSEN, 2010, p. 39).

Sob esse viés, o conteúdo material da dignidade da pessoa humana faz referência a direitos a determinadas prestações do poder público, prestações estas capazes de assegurar aos cidadãos a dignidade cuja titularidade já ostentam. O princípio da dignidade da pessoa humana, assim, permite não só a identificação de direitos fundamentais sociais não expressos no texto constitucional, mas também a necessidade de se compreender a importância da dimensão ética e jurídica destes direitos, para a plena consecução dos fins sociais do Estado Brasileiro.

Por sua vez, a doutrina reconhece a constatação de que os direitos fundamentais revelam dupla perspectiva, na medida em que podem, em princípio, ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade, o que, para Ingo Sarlet:

Constitui, sem sombra de dúvidas, uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo, de modo especial no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais. Neste contexto, cumpre referir a lição de Böckenförde, que, em clássico ensaio sobre a teoria dos direitos fundamentais, já havia alertado para a circunstância de que o reconhecimento de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais encontrou eco em todas as modernas teorizações sobre este tema (SARLET, 2015, p. 147).

A identificação da dimensão objetiva dos direitos sociais, segundo Sarlet (SARLET, 2015, p. 149), deu-se com o advento da Lei Fundamental Alemã de 1949, e especialmente com a decisão tomada pela Corte Federal Constitucional no caso *Lüth* 1958. Nesta ocasião, a Corte Alemã reconheceu que os direitos fundamentais, além de outorgarem determinadas posições jurídicas exigíveis pelos indivíduos, também vinculavam os poderes públicos.

Funda-se na ideia que constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. Ainda, para Sarlet:

Em outras palavras, de acordo com o que consignou Pérez Luño, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais, entendimento este, aliás, consagrado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol praticamente desde o início de sua profícua judicatura. Posta a questão em outros termos, os direitos fundamentais, desde

a sua dimensão objetiva, operam, como bem averba Miguel Presno Linera, não propriamente como princípios e garantias nas relações entre indivíduos e Estado, mas transformam-se em princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional considerado em seu conjunto, na condição de componentes estruturais básicos da ordem jurídica (SARLET, 2015, p. 149).

Destaca-se, ainda, a relevância axiológica dos direitos fundamentais, em especial no caso dos direitos fundamentais sociais, uma vez auxiliar na compreensão da fundamentalidade material destes direitos. Assim, relacionada aos princípios fundamentais da Constituição, como a dignidade da pessoa humana, e mesmo que não positivado expressamente, o princípio do Estado Social, que decorre do conjunto de valores que a informam.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, essa perspectiva dos direitos fundamentais sob seu aspecto axiológico representa a ordem dos valores vigentes na sociedade:

Como uma das implicações diretamente associadas à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que decorrente da ideia de que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, está a constatação de que os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar (SARLET, 2015, p. 151).

Revela-se inegável a relevância da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sendo de grande importância seus aspectos axiológicos de vinculação dos poderes públicos à concretização dos conteúdos jusfundamentais, bem como os efeitos relacionados à eficácia irradiante e à imposição de prestações e criação de estruturas organizacionais e procedimentais direcionadas à efetivação destes direitos (OLSEN, 2010, p. 91).

Importante destacar o pensamento de Alexy acerca da consideração da faceta objetiva como base para uma exata compreensão de seu conteúdo, cuja chave é a teoria dos princípios:

De acordo com o modelo proposto, o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais colidentes, considerado sem conjunto. Esse é o caso dos direitos mínimos. É possivelmente a esse tipo de direitos mínimos que se quer fazer referência quando direitos subjetivos públicos e judicialmente exigíveis a prestações são contrapostos ao conteúdo objetivo excedente. Em face de direitos definitivos que sejam o resultado de um sopesamento, os direitos *prima facie* correspondentes aos princípios - o direito "em si" à admissão em curso superior é um exemplo- têm sempre algo de excedente. O conceito de excedente não está, portanto, vinculado à dicotomia subjetivo objetivo (ALEXY, 2015, p. 517).

O avançar do modelo em direção a um nível objetivo é possível, porque os direitos *prima facie* correspondem deveres *prima facie*. Os deveres estatais *prima facie* importam em zelar para que as liberdades jurídicas dos titulares de direitos fundamentais correspondam a liberdades fáticas. Mas o plano objetivo que surge dessa forma não é um plano meramente objetivo, mas um plano também objetivo, o que se extrai da conclusão de Alexy:

Assim, por mais que Häberle tenha razão quando rejeita a "alternativa ou direito subjetivo ou enunciado programático" - a tabela apresentada anteriormente demonstra que essa alternativa é insuficiente-, ele se equivoca quando se volta contra a "identificação entre vinculação jurídica e controle judicial". Sob a Constituição alemã, vinculação jurídica implica controle judicial. Para que a observação de Häberle fosse correta, teria ela que ser compreendida como uma referência às peculiaridades de um controle judicial da satisfação de deveres estatais *prima facie* objetivos. Essas peculiaridades são de dois tipos. Em primeiro lugar, não pode ser objeto do controle saber se foi satisfeito tudo aquilo que o dever *prima facie* exige, mas tão-somente se foi satisfeito aquilo que lhe resta, como dever definitivo, em face de deveres *prima facie* colidentes. Em segundo lugar, no caso dos princípios colidentes, desempenham um papel decisivo não apenas os princípios materiais, mas também os formais, sobretudo o princípio da competência do legislador democraticamente legitimado. Mas nenhuma dessas peculiaridades altera a possibilidade de que seja objeto do controle pelo tribunal constitucional avaliar se, à luz dos princípios colidentes, o dever *prima facie* foi satisfeito em grau suficiente (ALEXY, 2015, p. 518-519).

Em sua perspectiva jurídico-subjetiva, os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos à luz da Constituição e na sua estrutura de sistemas de relações jurídicas privadas e individuais, e não em conceitos desenvolvidos pelo positivismo jurídico ainda presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Atualmente, tem-se dado certa preferência para essa perspectiva subjetiva, significando uma presunção de que os direitos fundamentais correspondem a direitos subjetivos. Sarlet, reportando-se às teorizações de Robert Alexy, disserta:

Independentemente da problemática relativa à possibilidade de uma subjetivação (bem como de seus limites) das diversas funções inerentes à perspectiva objetiva, situa-se a questão da relação entre esta última e a perspectiva subjetiva ora sumariamente delineada. Neste sentido, a doutrina vem sustentando a existência de uma presunção em favor da prevalência da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais. Neste contexto, cumpre referir a lição de Robert Alexy, para quem a tese da presunção em favor da perspectiva jurídico-subjetiva encontra sustentação em dois argumentos. Assim, sustenta o renomado jusfilósofo, a finalidade precípua dos direitos fundamentais (mesmo os de cunho coletivo) reside na proteção do indivíduo, e não da coletividade, ao passo que a perspectiva objetiva consiste, em primeira linha, numa espécie de reforço da proteção jurídica dos direitos

subjetivos. Já o segundo argumento (que Alexy designa de argumento da otimização) diz com o caráter principiológico dos direitos fundamentais, destacando-se o fato de que o reconhecimento de um direito subjetivo significa um grau maior de realização do que a previsão de obrigações de cunho meramente objetivo. Assim sendo, de acordo com este entendimento e na plástica formulação de Gomes Canotilho (que, também neste particular, acolhe a doutrina de Alexy), os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos individuais, do que resulta a constatação de que, em se encontrando constitucionalmente protegidos como direitos individuais, esta proteção dar-se-á sob a forma de direito subjetivo (SARLET, 2015, p. 160-161).

Os argumentos expostos revelam a prevalência da dimensão subjetiva em relação a todos os direitos fundamentais, inclusive os de função prestacional. Por sua vez, para este estudo, não nos ateremos à dimensão subjetiva negativa dos direitos fundamentais em sua concepção de feixe de posições jurídico-fundamentais, estruturalmente distintas a possibilitar a seu titular exigir prontamente do Estado que se abstenha de ingerir na esfera de autonomia privada resguardada pela norma.

A abordagem, como já delineado, enfoca a dimensão positiva ou prestacional dos direitos fundamentais, que possibilita o titular de um direito fundamental exigir do Estado a realização de uma determinada prestação material abrangida pelo conteúdo da norma. Nas palavras de Jorge Reis Novais:

A tripartição dos deveres estatais relativamente aos direitos sociais (*dever de respeitar, dever de proteger e dever de realizar*), que foi desenvolvida e consagrada no plano do Direito Internacional dos direitos humanos pelo Comitê para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tem, para nós, grande importância, não porque seja desconhecida no Direito Constitucional (onde se desenvolvera de há muito análoga elaboração em torno das chamadas funções de *defesa, de proteção e de prestação*), mas porque delimita e identifica, de forma simples e iluminante, o leque dos deveres estatais do domínio dos direitos fundamentais e a respectiva natureza, e, sobretudo, se bem enquadrada, pode constituir, em nosso entender, a base para uma compreensão adequada de uma dogmática geral e unitária dos direitos fundamentais no seu conjunto, já que é igual e indiferentemente aplicável a direitos de liberdade e a direitos sociais (NOVAIS, 2016, p. 53).

Nesse sentido, a plena consecução das promessas sociais constitucionais somente será viável se os direitos fundamentais sociais forem observados enquanto verdadeiros direitos subjetivos, capazes de vincular os poderes públicos à realização das prestações positivas correspondentes ao seu objeto.

3.2. As Declarações de Direitos na História Constitucional Brasileira

Tradicionalmente, todas as Constituições brasileiras enunciaram Declarações de Direitos. As Constituições de 1824 e 1891 limitaram-se às liberdades públicas, vistas claramente como limitações ao poder. A partir da Constituição de 1934, os textos constitucionais estenderam o rol aos direitos de ordem econômica e aos sociais. De fato, o ordenamento jurídico brasileiro, também influenciado pelo contexto internacional, traçou caminhos próprios e peculiares em relação aos direitos sociais.

Já na Constituição outorgada de 1824, embora não tivesse propriamente o recorte de uma Constituição que reconhecesse e declarasse direitos sociais, sem adotar esta nomenclatura, apresentou uma abertura nesse sentido. É o que se extrai do texto dos incisos XXI, XXII e XXIII, de seu art. 179, que, sucessivamente, garantem os “socorros públicos”, a instrução primária universal e gratuita e a existência de colégios e universidades. Estas poucas disposições, por sua vez, revelam significativa abertura para a ideia de direitos sociais dado o período histórico de seu advento.

Entretanto, tais disposições externavam claro sentido assistencialista e não eram caracterizadas como os atuais direitos sociais. Contudo, o aceno para um futuro reconhecimento de direitos sociais já se evidenciava. Nas palavras de Paulo Bonavides e Paes de Andrade:

O constitucionalismo do Império, tanto o da Constituinte, estampado no projeto de Antônio Carlos, como da Carta de 1824, teve uma sensibilidade precursora para o social, sem embargo de todo o teor individualista que caracteriza os dois documentos. Tão acentuada, que deixaria bastante envergonhados os constituintes republicanos de 1891 se conduzidos a um confronto (BONAVIDES e ANDRADE, 1991, p. 100-101).

Nesse sentido, explicita-se clara a inclinação social da Constituição de 1824, mormente quando analisada à luz do quadro histórico e foi gerada. Contudo, este viés social não influenciou a Constituição de 1891, nascida sob os auspícios do pensamento liberal da época, ignorou qualquer pretensão social, e negou, na visão de Vidal Serrano Nunes Junior, qualquer repercussão à Carta francesa de 1848, bem como aos reclamos sociais já constituídos que forjaram os pressupostos sócio-jurídico-econômicos para a formação de Estados socialistas e social-democráticos que viriam a florescer mundo afora poucos anos depois (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 58).

A Constituição de 1891 limitou-se a disposições relacionadas à organização do Estado e ao reconhecimento dos chamados direitos de liberdade, o que configurou um retrocesso no desenvolvimento do reconhecimento dos direitos sociais com relação à Constituição de 1824, o que não restou abrandado com a reforma de 1926, que, dentre outras alterações, integrou o direito do trabalho ao texto constitucional. Para Vidal Serrano Nunes Junior:

Tal modificação, embora significativa, não teve o poder de mudar acentuadamente, mesmo no plano hipotético, a natureza da ordem jurídica estabelecida. Essa renovação veio verdadeiramente à lume com a Constituição de 1934. Produto do movimento de 1930 que levou Vargas ao poder e do movimento constitucionalista ocorrido dois anos depois, a Constituição de 1934 teve o claro propósito de fincar as pedras fundamentais do assim chamado Estado Social de Direito (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 58-29).

A Constituição de 1934 trouxe inegáveis avanços, o que se verifica do texto do art. 121 do Título IV que tratou da Ordem Econômica e Social. Citado artigo expressou os direitos de proteção ao trabalho, amparo aos desvalidos, maternidade, infância etc. (art. 138). Ainda, proteção da família, fomento da educação e cultura (Título V), o que revela uma vontade Constituinte predisposta à formatação de um Estado Social de Direito. Para Paulo Bonavides e Paes de Andrade:

Todos esses fatores apontam para o sentido eminentemente social da Constituição de 1934- Seguindo uma certa tendência europeia do pós-guerra, mas que na verdade só iria se firmar definitivamente ao término da Segunda Grande Guerra, alguns dos preceitos do chamado "Welfare State" foram consagrados no texto. Pela primeira vez na história constitucional brasileira, considerações sobre a ordem econômica e social estiveram presentes. Uma legislação trabalhista garantia a autonomia sindical, a jornada de oito horas e os dissídios coletivos. A família mereceria proteção especial, particularmente aquela de prole numerosa. O deputado Prado Kelly foi em larga medida o responsável pela inclusão de um outro item social até então inédito em um capítulo especial sobre a educação (BONAVIDES e ANDRADE, 1991, p. 319).

Embora florescente o fascismo no mundo, em especial na Europa, a Constituição de 1934 refletiu os movimentos internacionais que buscavam incorporar aos países capitalistas premissas de um Estado Social e, muito embora não longeva, foi, dentre as Constituições brasileiras de até então, a que efetivamente se preocupou com a identificação de um Estado potencialmente marcado pela presença institucional dos direitos sociais.

Como exposto, duraram pouco os avanços alcançados com a Constituição de 1934, ante o advento da Constituição de 1937, impregnada da nódoa do autoritarismo e nacionalismo

crecentes no continente europeu, que poucos anos mais tarde culminaria no maior conflito bélico da história da humanidade. Importante foi a influência da Constituição da Polônia, o que gerou a denominação Polaca para a Constituição de 1934, marca autoritária do chamado Estado Novo. Na visão de Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Junior:

No plano político, a inspiração nazifascista se fez presente pelos poderes quase que absolutos atribuídos ao presidente da República, além de restrições evidentes impostas na seara das liberdades públicas, como, por exemplo, a possibilidade de lei prescrever “*com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação*”. No que tange aos direitos políticos, a influência da Carta *del Lavoro* foi nítida, refletindo-se em disposições como a de indicar o trabalho como um *dever social* e pelo rígido controle dos sindicatos pelo Estado. Assim, embora disposições de proteção individual do trabalho tenham permanecido presentes na Carta de 1937, um balanço geral apontaria a ocorrência de um nítido retrocesso que, apesar de muito mais impactante na seara das liberdades públicas, também ocorreu em matéria de direitos sociais (DALLARI e NUNES JÚNIOR, 2010, p. 56).

A Constituição de 1946, sob forte pressão mundial de redemocratização e repúdio ao autoritarismo, deu ênfase ao fortalecimento do Estado Social com disposições inovadoras. A inovação revela-se, por exemplo, na previsão de participação dos trabalhadores nos lucros das empresas (art. 157, IV), a instituição do repouso semanal remunerado (art. 157, IV), o reconhecimento do direito de greve (art. 158), a ampliação do direito à educação (art. 168), a aposentadoria facultativa do servidor com 35 anos de serviço (art. 191, § 1º).

Também, a inserção formal da Justiça do Trabalho no poder Judiciário (arts. 122/3). A vigência da Constituição de 1946 foi uma *belle époque* entre dois textos autoritários, a Constituição de 1937 e a de 1967.

A Constituição de 1967, travestida de legalismo formal, mas marcadamente outorgante e ditatorial, ante o procedimento estabelecido pelo Ato Institucional nº 4 de 7 de dezembro de 1966, embora tenha trazido um rol de direitos individuais (art. 150) e de direitos sociais (art. 158), não divergiu estruturalmente, neste ponto, da Constituição de 1946.

Contudo, submeteu a disciplina de tais direitos à necessária regulamentação legal, impondo a contenção e limitação de eficácia às normas constitucionais, que se exemplifica com o texto de seu art. 159:

É livre a associação profissional ou sindical; a sua constituição, a representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas de Poder Público serão regulados em lei.

Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1.969, na verdade novo texto outorgado, pôs fim à curta existência da Constituição de 1967. Porém, no que tange aos direitos sociais não alterou estruturalmente os dispositivos anteriormente vigentes e manteve a eficácia condicionada de suas normas.

3.3 Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988

Os direitos sociais tiveram na Constituição Federal de 1988 ampla receptividade, o que não encontra precedentes de tal magnitude nos textos constitucionais anteriores. A atual Carta Constitucional trouxe um capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais no catálogo dos direitos e garantias fundamentais, bem como expressa em outros capítulos diversos direitos de cunho prestacional, como, por exemplo, o art. 5º, incisos. XXXV e LXXIV (acesso à Justiça e assistência jurídica integral e gratuita). Ainda, tais direitos foram assentados no comando nuclear do art. 6º que expressa:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Referido artigo 6º, de maneira genérica e abstrata, demonstra que os direitos sociais merecem especial tutela estatal, sendo possível identificar a categorização, que a própria Constituição imprime a esse tipo de direito como: direitos sociais dos trabalhadores, individuais e coletivos (artigos 7º, 8º e 9º); direitos sociais da seguridade social que, por sua vez, compreendem o direito à saúde, à assistência e previdência social (artigos 194 a 204; direitos sociais de natureza econômica; direitos sociais de cultura e direitos sociais de segurança.

Tais textos representam o referencial dos compromissos implicitamente firmados pelo Poder Constituinte, tanto no que concerne à adesão a concepções de Justiça, como por exemplo a noção de justiça social inserida como objetivo no âmbito da ordem econômica da Constituição (art. 170, *caput*) e a exponencial ordem de valores baseada em uma gama de princípios e direitos fundamentais expressos ou reconhecidos.

Vidal Serrano Nunes Júnior sintetiza as formas, técnicas ou estratégias de positivação utilizadas pelo Poder Constituinte de 87/88 sob os seguintes aspectos:

Positivação por meio de normas consagradoras de finalidades a serem cumpridas pelo Poder Público, que, deste modo, se limitam a apontar

diretrizes, tarefas ou finalidades a serem atingidas por este. Positivção por meio da atribuição de direitos subjetivos públicos, que embora criem um correlato dever de prestar para o Estado, são de fruição autônoma e imediata por qualquer indivíduo. Positivção por meio de garantias institucionais, predispostas, portanto, a preservar instituições sociais consagradas pela Constituição. Positivção por meio de cláusulas limitativas do poder econômico, predispostas fundamentalmente à busca do equilíbrio em relações socioeconômicas, marcadas, em termos fenomênicos, por uma desigualdade muito profunda. Tais normas visam, em suma, à criação de um sistema jurídico de ordenação das relações entre particulares, em que a vontade constitucional, ou legal, se faz inserir no conteúdo da relação jurídica a ser travada entre as partes da relação jurídico privada como aquelas estabelecidas entre o empregado e o empregador. Positivção por meio das denominadas normas projectivas, vale dizer, normas de conformação social dos institutos jurídicos fundantes da ordem econômica capitalista (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 95).

Nesse sentido, o Poder Constituinte de 1987/1988 reconheceu expressamente os direitos sociais como um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos fundamentais. Assim, no plano textual e concepcional da Constituição, os direitos fundamentais, em geral e em específico os direitos sociais, ocuparam uma posição de destaque no debate Constituinte o que refletiu no texto promulgado em 05 de outubro de 1988, o que, como já delineado, não encontra precedentes no contexto da história constitucional brasileira. Para Sarlet:

Uma primeira constatação que se impõe e que resulta já de um superficial exame do texto constitucional, é a de que o Poder Constituinte de 1988 acabou por reconhecer, sob o rótulo de direitos sociais, um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais), o que, sem que se deixe de admitir a existência de diversos problemas ligados a uma precária técnica legislativa e sofrível sistematização (que, de resto, não constituem uma particularidade do texto constitucional, considerando o universo legislativo brasileiro) acaba por gerar consequências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais. Neste sentido, verifica-se, desde logo e na esteira do que já tem sido afirmado há algum tempo entre nós, que também os direitos sociais (sendo, ou não, tidos como fundamentais) abrangem tanto direitos prestacionais (positivos) quanto defensivos (negativos), partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos de não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição) apresentam uma dimensão “positiva” (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade) ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas “negativas”, notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, mas também por parte de organizações sociais e de particulares (SARLET, 2008, n.p.).

A matriz social foi a fonte geradora de inúmeros institutos e projetos de proteção social, concretizados pela via da legislação ordinária e pelas políticas públicas, o que representou um salto evolutivo no Estado brasileiro graças à constitucionalização dos direitos sociais. Evidente que entraves de ordem econômica, política e social foram ao longo dos anos, fator de controvérsia em torno do regime jurídico-constitucional dos direitos sociais, ante a problemática de sua eficácia e, por consequência, de sua efetividade.

Disto resulta evidente que a mera previsão de direitos sociais nos textos constitucionais, ainda que acompanhada de outras providências, como a criação de um sistema jurídico-constitucional de garantias institucionais, procedimentais, ou mesmo de outra natureza, não foi o suficiente para, por si, neutralizar as objeções da mais variada natureza ou mesmo impedir um maior ou menor déficit de efetividade dos direitos sociais, notadamente no que diz respeito aos padrões de bem-estar social e econômico vigentes. Para Ingo Wolfgang Sarlet:

Em síntese, firma-se aqui posição em torno da tese de que – pelo menos no âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional – todos os direitos, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais), estejam localizados em outras partes do texto constitucional ou nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil, são direitos fundamentais. Como corolário desta decisão em prol da fundamentalidade dos direitos sociais na ordem constitucional brasileira, e por mais que se possa, e, até mesmo (a depender das circunstâncias e a partir de uma exegese sistemática, por mais que seja possível reconhecer eventuais diferenças de tratamento, os direitos sociais – por serem fundamentais - comungam do regime da dupla fundamentalidade (formal e material) dos direitos fundamentais. Aqui, todavia, verificam-se outros problemas e outras resistências, visto que, no todo ou em parte (mesmo dentre os que aceitam, em princípio, a tese da fundamentalidade dos direitos sociais) existe tanto quem queira negar aos direitos sociais a aplicação do regime jurídico pleno assegurado pela Constituição aos direitos fundamentais, quanto quem discuta o exato conteúdo deste regime, matéria que, aliás, constitui o objeto do próximo segmento (SARLET, 2008, n.p.).

Essa discussão a respeito do regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais constitui o núcleo do problema estabelecido acerca da sua eficácia e efetividade, o que fez surgir vasto desenvolvimento sobre o tema na seara doutrinária e jurisprudencial. Por sua vez, como já delineado neste estudo, os direitos fundamentais somente podem ser considerados como tais na medida em que lhes é reconhecido e assegurado um regime jurídico no contexto de uma arquitetura constitucional.

A Constituição Federal de 1988 aderiu ao modelo tradicional contemporâneo ao erigir, expressa e implicitamente, os direitos fundamentais como núcleo constitucional intangível

(“cláusulas pétreas”), definindo limites materiais ao poder de reforma constitucional (artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF) e afirmando que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis (artigo 5º, § 1º, da CF).

Incorporou-se ao discurso constitucional brasileiro a concepção a qual enfatiza que os direitos fundamentais são posições jurídicas de grande relevância que o seu reconhecimento não pode ser submetido ao crivo das maiorias parlamentares simples.

Por essa razão que os direitos fundamentais foram rigidamente protegidos das vontades futuras dos poderes constituídos, com sua normatividade plenamente garantida, o que implica o reconhecimento de uma dupla fundamentalidade formal e material.

Nesse panorama, retomamos a discussão acerca da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais, ante a resistência em relação à aplicação desses elementos nucleares ao seu regime jurídico-constitucional. Para a doutrina, a ausência de uma distinção expressa entre o regime dos direitos sociais e os demais direitos fundamentais, somada ao texto do § 1º do artigo 5º da CF, ainda mais em face da circunstância de que os direitos sociais (pelo menos os elencados no Título II da CF) representa que tais direitos são fundamentais.

Com efeito, não há como sustentar que o princípio da aplicabilidade imediata se limite, restritivamente, aos incisos do art. 5º da Constituição de 1988. A hermenêutica constitucional de direitos fundamentais, em harmonia com a concepção contemporânea de direitos humanos, que ressalta a interdependência e a interrelação entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os postulados do Estado Social e Democrático de Direito, não permite esta interpretação (GOTTI, 2012, p. 65).

Nesse sentido, ressalta Ingo Wolfgang Sarlet:

Em que pese a circunstância de que situação topográfica do dispositivo poderia sugerir uma aplicação da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF apenas aos direitos individuais e coletivos (a exemplo do que ocorre com o § 2º do mesmo artigo), o fato é que este argumento não corresponde à expressão literal do dispositivo, que utiliza a formulação genérica “direitos e garantias fundamentais”, tal como consignada na epígrafe do Título II de nossa *Lex Suprema*, revelando que, mesmo em se procedendo a uma interpretação meramente literal, não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas em nossa Constituição, nem mesmo aos – como já visto, equivocadamente designados – direitos individuais e coletivos do art. 5º. (...) Se, todavia, optarmos por não nos contentar com a argumentação embasada numa interpretação cingida à letra do texto constitucional, verificaremos que também uma interpretação sistemática e teleológica conduzirá aos mesmos resultados. Neste sentido, percebe-se, desde logo, que o Constituinte não pretendeu, com certeza, excluir do âmbito do art. 5º, § 1º, de nossa Carta, os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais, cuja

fundamentalidade – pelo menos no sentido formal – parece inquestionável. Também não há como sustentar, no direito pátrio, a concepção lusitana (lá expressamente prevista na Constituição) de acordo com a qual a norma que consagra a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais abrange apenas os direitos, liberdades e garantias (Título II da CRP) que, em princípio, correspondem aos direitos de defesa, excluindo deste regime reforçado (e não apenas quanto a este aspecto) os direitos econômicos, sociais e culturais do Título III da Constituição portuguesa. A toda evidência, a nossa Constituição não estabeleceu distinção desta natureza entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, encontrando-se todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico (SARLET, 2015, p. 270-271).

Assim, é de aplicabilidade imediata, por força do § 1º do art. 5º da Constituição Federal todas as normas de direitos fundamentais constantes do Título II da Constituição, bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais.

Ainda, a extensão do regime material da aplicabilidade imediata aos direitos fora do catálogo não encontra qualquer óbice no texto constitucional, harmonizando, além disso, com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada no art. 5º, § 2º, da CF. No pensamento de Jorge Reis Novais:

Assim, numa enumeração relativamente consolidada própria de Estado de Direito Social, independentemente da diferenciação de positivação constitucional, consideramos como direitos sociais como um todo (e é sobretudo relativamente aos aqui enumerados que há um “problema” de direitos sociais) integrantes daquele *corpus*: um direito a um mínimo existencial (ou direito a um mínimo para uma existência condigna; um direito à saúde (ou à proteção à saúde); um direito à habitação (ou a uma habitação condigna); um direito à segurança social (ou à assistência social; um direito ao trabalho e um direito ao ensino (à educação ou à formação). Ou seja, independentemente da consagração constitucional positiva, é relativamente aos direitos integrantes deste corpus nuclear que se têm suscitado, ao longo de décadas de intenso debate doutrinário e tratamento jurisprudencial, as dúvidas sobre sua eventual natureza jusfundamental, sobre sua justiciabilidade e alcance jurídico, sobre as diferenças ou especificidade de natureza que apresentam face aos direitos da liberdade (NOVAIS, 2017, p. 50-51).

Firma-se, pois, posição em torno da tese de que, pelo menos no âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional, todos os direitos tenham sido expressa ou implicitamente positivados, estejam sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais), estejam localizados em outras partes do texto constitucional ou nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil, são direitos fundamentais. Na lição de Sarlet:

Não há como olvidar, neste contexto, que a opção do Constituinte, ao erigir certa matéria à categoria de direito fundamental, se baseia na efetiva importância que aquela possui para a comunidade em determinado momento histórico, circunstância esta indispensável para que determinada posição jurídica possa ser qualificada como fundamental. Não é à toa que autores do porte de um Alexy conceituam os direitos fundamentais como sendo aquelas posições jurídicas que, do ponto de vista do direito constitucional, são de tal sorte relevantes para a comunidade, que não podem ser deixadas na esfera da disponibilidade absoluta do legislador ordinário. Ressalta, aqui, por outro lado, a dimensão axiológica dos direitos fundamentais, expressando valores consensualmente reconhecidos no meio social, salientando-se, todavia, que tal consenso pode, como de resto não é incomum que aconteça, corresponder apenas a uma solução de cunho compromissário e contingencial, fruto do embate das forças políticas partícipes do processo constituinte, sem que, de fato, radique na vontade autêntica e dominante do povo, titular por excelência do Poder Constituinte. Na identificação dos direitos fundamentais fora do catálogo, e isto convém seja novamente frisado, importa, portanto, que se tenha sempre presente o critério da importância, atentando-se para a efetiva correspondência com o sentido jurídico dominante, cuja avaliação dependerá, sem dúvida, da sensibilidade do intérprete (SARLET, 2015, p. 95-96).

Revela-se, assim, a conjugação do regime de dupla fundamentalidade (formal e material) dos direitos fundamentais. Aqui, todavia, verificam-se outros problemas e outras resistências, visto que, no todo ou em parte (mesmo dentre os que aceitam, em princípio, a tese da fundamentalidade dos direitos sociais) existe tanto quem queira negar aos direitos sociais a aplicação do regime jurídico pleno assegurado pela Constituição aos direitos fundamentais, quanto quem discuta o exato conteúdo deste regime, matéria que, aliás, constitui o objeto do próximo segmento.

3.4 O Direito Fundamental Social à Saúde na Constituição Brasileira

Preliminarmente, citamos a Constituição da Organização Mundial da Saúde de 7 de abril de 1948 que em seu preâmbulo expressa:

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social. A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados. Os resultados conseguidos por cada Estado na promoção e proteção da saúde são de valor para todos. O desigual desenvolvimento em diferentes países no que respeita à promoção de saúde e combate às doenças, especialmente contagiosas, constitui um perigo comum. O desenvolvimento saudável da criança é de importância basilar; a aptidão para viver harmoniosamente num meio variável é essencial a tal

desenvolvimento. A extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para atingir o mais elevado grau de saúde. Uma opinião pública esclarecida e uma cooperação ativa da parte do público são de uma importância capital para o melhoramento da saúde dos povos. Os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas. Aceitando estes princípios com o fim de cooperar entre si e com os outros para promover e proteger a saúde de todos os povos, as partes contratantes concordam com a presente Constituição e estabelecem a Organização Mundial da Saúde como um organismo especializado, nos termos do artigo 57 da Carta das Nações Unidas.

A importância do preâmbulo transcrito acima, além de subjugar o conceito simplista de saúde como ausência de doença, concebendo-a como o estado de completo bem-estar físico, mental e social, também enaltece outros importantes aspectos da saúde, como a de bem coletivo.

Com efeito, essa dimensão coletiva é patente ao expressar que a saúde de todos os povos é fundamental para se alcançar a paz e a segurança e depende da mais ampla cooperação de indivíduos e Estados, cuja promoção e proteção é valiosa para todos.

Ainda, a desigualdade dos diferentes países na promoção da saúde e no controle de doenças, especialmente as transmissíveis, demonstra a necessidade de conjugação de esforços ante os perigos comuns a toda humanidade.

Também, outra importante dimensão é a do constante desenvolvimento, assim pensado não só com base na presente, mas também futuras gerações. Na concepção de Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior, tais diretrizes expressas no preâmbulo:

Ressaltam a saúde como fenômeno polifacético, destacando que a preservação do bem-estar de cada um depende da ampla cooperação de Estados e indivíduos. Deve-se ter em conta, nesse sentido, que boa parte das doenças é transmissível, existindo incontáveis exemplos de pandemias originárias de um determinado país que acabaram ganhando contornos planetários. Além disso, o bem-estar do indivíduo supõe aspectos sanitários, ambientais e comunitários que só podem ser concebidos a partir de uma perspectiva coletiva, donde resulta que uma concepção jurídica de saúde há de envolver não só direitos, mas também deveres, e não só por parte dos Estados, mas também das pessoas e da sociedade (DALLARI e NUNES JÚNIOR, 2010, p. 9).

Por sua vez, a contribuição conceitual trazida pela Constituição da Organização Mundial da Saúde é inegável, servindo de referência à operacionalização de diversas leis em matéria sanitária. Ela associa o conceito de saúde ao bem-estar social e psíquico, e exprimi a ideia do ser humano em relação ao seu meio, bem como por enaltecer a saúde como um bem jurídico não só individual, mas também coletivo e, nessa medida, de desenvolvimento, acenando para a necessidade da preservação presente e futura.

Ninguém pode, portanto, ser individualmente responsável por sua saúde, uma vez que o aparecimento de doenças pode estar ligado mais diretamente a características e fatores individuais, embora não deixe de apresentar traços que o liguem à organização social ou à política.

A maior força dos fatores e características ambientais, econômicas e sociopolíticas fica evidente nas doenças transmissíveis, nas quais existe uma ameaça à saúde de toda a população, e as pessoas individualmente pouco podem fazer para se protegerem, pois ainda que suas condições físicas e psicológicas possam tornar mais fácil ou dificultar seu adoecimento é fácil perceber a predominância da organização social, nacional e global, produzindo doenças (DALLARI, 2009, p. 12).

No Brasil, o direito à saúde não foi tema das constituições brasileiras anteriores a 1988, a não ser acidentalmente. Em toda a história constitucional, como já delineado neste estudo, apenas o texto da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de julho de 1934, sugere sua possibilidade ao conferir competência concorrente à União e aos estados para cuidar da saúde (art. 10, II).

Ele assinalava, especialmente, às três esferas de governo a incumbência de “adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantis; e de higiene social que impeçam a propagação das doenças transmissíveis”; e de “cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais” (art. 138, *f e g*). Ainda, ao tratar da ordem econômica e social, incluía, entre os preceitos a serem observados pela legislação trabalhista, a assistência médica e sanitária (art. 121, *h*).

Os demais textos constitucionais se limitaram a atribuir competência à União para planejar sistemas nacionais de saúde, conferindo-lhe a exclusividade da legislação sobre normas gerais de proteção e defesa da saúde e mantiveram a necessidade de obediência ao princípio que garantia aos trabalhadores assistência médica e sanitária. Como bem explicado por Sueli Gandolfi Dallari:

A introdução da saúde no rol dos direitos sociais no Brasil foi, sobretudo, resultado da força dos movimentos populares no momento da redemocratização política, no final dos anos oitenta do século vinte. Nesse rico período da história política brasileira, houve o fenômeno, até então inédito, da expressiva participação popular na definição dos grandes objetivos constitucionais. Assim, especialmente os profissionais de saúde que haviam feito a opção de ingressar no serviço público para atender às pessoas mais desfavorecidas, em um grande congresso científico de saúde pública, começaram a fixar as bases de uma nova política de saúde. Essa nova política já havia sido mencionada no painel Saúde na Constituição, durante a VIII Conferência Nacional de Saúde, e deu origem a uma proposta de emenda

popular apresentada à Assembleia Constituinte. Também o setor privado com interesse na área da saúde participou ativamente dos debates na Assembleia Constituinte, que terminou por definir a estrutura constitucional da política de saúde pública no país). É importante notar que o texto da seção da saúde aprovado é — com pequenas modificações — aquele elaborado pelos sanitaristas e apresentado igualmente como emenda popular à Constituição (DALLARI, 2009, p. 11).

De fato, o processo Constituinte de 1987/88 foi antecedido por intensa mobilização popular, verdadeiro fenômeno histórico-social cujos resultados transcendem a redação jurídico-constitucional das normas, em especial na edificação do SUS.

Nesse sentido, pode-se citar: a irrupção de movimentos e organizações em segmentos normalmente desarticulados da sociedade; reconhecimento institucional a grupos alternativos ou marginais à ordem então vigente; inclusão de novos temas na agenda comunitária; mudanças de comportamento político em tradicionalmente conservadores ou apáticos grupos sociais ou regiões; uma base sólida para o ideário democrático na sociedade e nas instituições.

Tais direitos e garantias revelaram-se suficientes para o enfrentamento vigoroso de desafios posteriores, como dois *impeachments* presidenciais, a formação de novas forças político-partidárias e alterações em comportamentos e atitudes predominantes na sociedade sobre determinados assuntos.

Os temas e subtemas debatidos nas comissões e subcomissões temáticas, na forma estrutural da Assembleia Nacional Constituinte, resultaram na sistematização dos dispositivos aprovados e a formulação do arcabouço de títulos e de capítulos, ficando o Projeto de Constituição a cargo da Comissão de Sistematização, sendo após submetido ao Plenário da Assembleia Nacional Constituinte para discussão, votação e redação final do Projeto de Constituição (COELHO, 2009, p. 23-24).

O processo teve muitos impasses e momentos críticos, em que diferentes visões de sociedade e de Estado se confrontaram intensamente. As audiências públicas nas subcomissões temáticas integraram uma das formas de participação da sociedade civil organizada e dos cidadãos e cidadãs. Diferentes atores sociais irromperam na Constituinte e nela encontraram oportunidade de participação e de expressão política.

Na subcomissão de saúde, o curso dos debates e dos trabalhos sofreu a influência decisiva e praticamente hegemônica da VIII Conferência Nacional de Saúde — denominada “pré-Constituinte da saúde” —, promovida pelo Ministério da Saúde. A VIII Conferência foi um fórum que contou com a participação de mais de quatro mil pessoas, conquistando grande legitimidade política e representatividade.

Por sua vez, merece destaque o boicote do setor privado à conferência, cuja participação prevista já era reduzida, uma semana antes de sua abertura, o que pode ter contribuído para o posicionamento predominante em prol da saúde pública e gratuita manifestado no evento (TEIXEIRA, 2009, p. 461).

Como resultado, de acordo com a proposta da Comissão Nacional de Reforma Sanitária e com a opinião unânime dos membros e depoentes da Subcomissão, o pilar principal para a estruturação do novo sistema de saúde, cristalizado, posteriormente, no art. 196 da CF, e da reforma sanitária, era a noção de saúde como direito de todo cidadão, sem qualquer discriminação, e dever do Estado, no que diz respeito à sua promoção, proteção, recuperação e reabilitação (TEIXEIRA, 2009, p. 463).

Assim, o direito subjetivo à saúde é consagrado no art. 196 da Constituição Federal como "direito de todos e dever do Estado", que deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas. Desta forma, a promoção, a proteção e a recuperação da saúde implicam, em plano constitucional, a participação da comunidade voltada às ações e aos serviços públicos de saúde.

Por outro lado, a assistência à saúde, antes privativa do Estado, é livre à iniciativa privada, em que as instituições privadas podem participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, consoante diretrizes do próprio sistema único e mediante contrato de direito público ou convênio (art. 199 e parágrafo único da CF).

É de se destacar que a própria Constituição de 1988, em seu preâmbulo, prevê o direito à saúde, vez que apresenta, de maneira inicial, que estamos sob a tutela de um Estado democrático social de direito e fixa a existência de direitos sociais a assegurar o bem-estar da sociedade.

Destaca-se, ainda, que a saúde no Direito Civil é considerada um bem jurídico da personalidade, uma vez a Constituição Federal, nos termos do art. 62, a ter considerado direito social entre os demais direitos sociais, como educação, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência ao desamparado.

O direito à saúde encontra-se, assim, agregado ao rol dos direitos humanos, embora sua reivindicação seja imemorial, o que, ante a globalização da vida social tem impactos constitutivos no conceito de saúde que os Estados contemporâneos estão obrigados juridicamente a garantir para seus povos.

Para Gogliano, o direito à saúde é tão imemorial que integra, como bem jurídico, a categoria dos "Direitos Privados da Personalidade", ou seja, os direitos fundamentais e essenciais do ser humano, sob a ótica do Direito Privado e que antecederam as Declarações dos Direitos Humanos de 1.948 (GOGLIANO, 2002, n.p.).

Com efeito, sob o viés constitucional, a promoção, proteção e recuperação da saúde é tarefa que deve incumbir a todas as esferas de poder político da federação. Ela foi enumerada entre as competências comuns à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 23, II). Foi prevista, também, a competência legislativa concorrente sobre a proteção e defesa da saúde, limitando-se a União, nesse caso, ao estabelecimento de normas gerais, cabendo aos Estados e aos Municípios suplementá-las (art. 24, XII c/c. art. 30, II).

Como parte da seguridade social (art. 194), a Constituição encampou a concepção atual de saúde, que não se limita à ausência de doenças e outros agravos, exigindo a realização de políticas públicas que tenham como finalidade “a redução do risco de doenças e de outros agravos” e o “acesso universal igualitário às ações para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196). Ela organizou, também, o sistema público de saúde, exigindo que todas as ações e os serviços de saúde integrem uma rede que tenha apenas uma direção em cada esfera de governo.

O texto constitucional ainda expressa o dever desta rede prestar atendimento integral às necessidades de saúde e que seja organizada, considerando os diferentes níveis de complexidade das ações e dos serviços de saúde, hierarquicamente, e cujas políticas traçadas possibilitem a efetiva participação da comunidade (art. 198).

Assim, o direito à saúde, afirmado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo XXV), é assegurado pela Constituição Federal de 1988 que o considera um direito social de todos e dever do Estado, bem como indica os princípios e diretrizes que norteiam a sua implementação e desenvolvimento no Sistema Único de Saúde.

A Constituição Federal determina a obrigação do Estado em garantir a fruição destes direitos sociais mediante a efetivação de políticas sociais e econômicas, nos termos do artigo 196 da Constituição Federal. Nas palavras de Dirceu Pereira Siqueira:

O direito à saúde está constitucionalmente consagrado e evidenciado pelo art. 196, da Constituição de 1988. Este dispositivo representa mais que uma mera previsão constitucional, até mesmo por consequência de estarmos sob uma Constituição dirigente, a qual não representa um mero estatuto, e desta forma, mesmo carecendo de atividade legiferante para se efetivar, representa uma norma que deve ser efetivada de maneira imediata, gerando desta maneira, efeitos concretos para a sociedade, como almejou nosso constituinte (SIQUEIRA, 2011, p. 81).

Frise-se, por ser o Brasil signatário, fora incorporada ao ordenamento jurídico constitucional brasileiro pelo Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992 a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Referido pacto, em simetria com o texto constitucional brasileiro, em seu Capítulo III, ao dispor sobre os direitos

econômicos, sociais e culturais, expressa no seu art. 26 o compromisso do Estado brasileiro em garantir o desenvolvimento progressivo e efetivação dos direitos, o que se extrai de seu texto:

Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providência, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Também merece destaque a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos realizada em 1993 na cidade de Viena, Áustria. Nela, além do histórico reconhecimento da universalidade, interdependência e interrelação dos direitos humanos por intermédio do § 5º de sua Declaração, resultou na fixação em seu Programa de Ação de objetivos relacionados aos princípios da Declaração do Rio, a políticas de desenvolvimento sustentável da *Agenda 21* bem como aos esforços globais em prol de direitos econômicos, sociais e culturais como saúde e bem-estar, alimentação, cuidados médicos, moradia e serviços sociais indispensáveis.

Assim, a consagração da saúde pela Constituição Federal de 1988, como direito social fundamental, recebeu proteção jurídica diferenciada na ordem jurídico-constitucional brasileira. O ordenamento jurídico reconheceu a saúde como direito social fundamental, passando o Estado a ter a obrigação, além das prestações positivas, à formulação de políticas públicas sociais e econômicas destinadas à promoção, à proteção e à recuperação da saúde, bem jurídico humano e de sua personalidade.

Tem-se, pois, que os direitos sociais são compreendidos como um subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecem a existência de um segmento social economicamente vulnerável. Assim, obriga-se o Estado, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou ainda, pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios de vida em sociedade

Contudo, essas benesses comumente são limitadas ante as distorções do sistema e explicitam a agonia das liberdades cerceadas e suas conseqüentes injustiças, o que neste estudo é reflexo da disfuncional efetivação das promessas constitucionais e das vontades do poder constituinte a ensejar ajustes no modelo cooperativo brasileiro.

4 DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS À SAÚDE

Como já abordado neste estudo, a Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 reconheceu expressamente na saúde um direito fundamental. Como típico direito social implementável, apenas, mediante políticas públicas, para tornar-se efetivo requer a ação regulatória do Estado na condição de niveladora dos distintos graus de poder, quais sejam, Executivo, Legislativo, Judiciário e sociedade civil. O texto constitucional deixa tal entendimento claro:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Com efeito, questiona-se até que ponto a Constituição Federal de 1988 definiu claramente objetivos para a construção dessas políticas sociais e econômicas necessárias para a concretização do direito humano fundamental à saúde, bem como se os objetivos constitucionais estão de acordo com os padrões e decisões internacionais em matéria de direito à saúde e até que ponto esses objetivos podem servir de critério para analisar políticas públicas.

Na visão de Fábio Konder Comparato, as Constituições do moderno Estado Dirigente impõem, todas, certos objetivos ao corpo político como um todo – órgãos estatais e sociedade civil. Esses objetivos podem ser gerais ou especiais, estes últimos obviamente coordenados àqueles. Na Constituição brasileira de 1988, por exemplo, os objetivos indicados no art. 3º, orientam todo o funcionamento do Estado e a organização da sociedade. Já as finalidades próprias da atividade de assistência social, exemplo de objetivos especiais, vêm declaradas no art. 203 (COMPARATO, 1998, p. 45). Pra citado autor:

Escusa lembrar que tais objetivos são juridicamente vinculantes para todos os órgãos do Estado e também para todos os detentores de poder econômico ou social, fora do Estado. A juridicidade das normas que simplesmente declaram tais fins (*as Zielnormen* dos alemães), ou que impõem a realização de determinado programa de atividades – as normas propriamente programática

– já não pode ser posta em dúvida, nesta altura da evolução jurídica (COMPARATO, 1998, p. 45).

Ainda, citado autor, destaca que, na estrutura do Estado Dirigente, a lei perde a sua majestade de expressão por excelência da soberania popular, para se tornar mero instrumento de governo. Logo:

Grande maioria das leis insere-se, hoje, no quadro de políticas governamentais e tem por função não mais a declaração de direitos e deveres em situações jurídicas permanentes, mas a solução de questões de conjuntura (*Massnahmegesetze*), ou então o direcionamento, por meio de incentivos ou desincentivos, das atividades privadas, sobretudo no âmbito empresarial (*Lenkungsgesetze*), ou ainda a regulação de procedimentos no campo administrativo (*Steuerungsgesetze*) (COMPARATO, 1998, p. 45).

O rol exemplificativo de objetivos fundamentais expressos na Constituição fundamenta e determina seus diversos capítulos no estabelecimento de regras que possibilitem seu fiel cumprimento, possuindo caráter vinculativo para todas as autoridades constituídas dentro e fora do Estado.

Os objetivos das normas de direito fundamental servem como vetores de interpretação, seja na edição de leis ou atos normativos, seja nas suas aplicações, o que impõe a estruturação de políticas legislativas e administrativas de criação de instrumentos para promover a igualdade material, não havendo que se contentar tão somente com a igualdade formal.

O texto constitucional, assim, legitima o Estado Social e Democrático de Direito previsto no art. 1º e disciplina direitos fundamentais sociais catalogados no art. 6º. Para Heloisa Sami Daou e José Claudio Monteiro Brito Filho, a formação desse catálogo de direitos fundamentais é, portanto, fruto da luta de grupos sociais que almejavam, em cada momento da história da sociedade, o reconhecimento e a garantia de suas necessidades fundamentais. É assim que o direito à saúde, como direito social, é fruto de anos de luta (DAOU e BRITO FILHO, 2019, p. 293).

Temos, pois, na busca de construção de uma sociedade justa, decorrente desta imposição de desenvolvimento, instrumentos mediante políticas legislativas e administrativas em busca da isonomia, a exaltação de dois princípios fundamentais do direito humano à saúde da República Federativa do Brasil, talvez qualificáveis como metaprincípios, que são o da cidadania (inciso II do art. 1º) e a dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º).

Nas palavras de Lidiane Nascimento Leão:

Tais diretrizes (dignidade da pessoa humana e participação cidadã) estão de acordo com os padrões e decisões internacionais em matéria de direito à saúde (...). Além disso, a plena efetivação desse direito humano constitui-se em fator crucial para o alcance dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil inscritos no art. 3º da Carta Maior (LEÃO, 2017, p. 67).

De fato, como afirmado, o rol do art. 3º permeia a construção constitucional de regras para o fiel cumprimento dos objetivos nele traçados, o que não é diferente no que tange ao direito fundamental à saúde, quando se almeja:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Lidiane Nascimento Leão disserta que, na senda do preceito fundamental a garantir o desenvolvimento nacional, a Declaração de Alma-Ata expedida na Conferência Internacional Sobre Cuidados Primários da Saúde realizada na ex-República Soviética do Cazaquistão de 6 a 12 de setembro de 1978 já antevia a interdependência entre direito humano à saúde, desenvolvimento, democracia e convivência pacífica.

De igual forma, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento adotada pela Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 4 de dezembro de 1986 e a Declaração e Programa de Ação de Viena adotada consensualmente em plenário pela Conferência Mundial dos Direitos Humanos em 25 de junho de 1993, (LEÃO, 2017, p. 68).

De forma geral, mas contendo a variável saúde, a Declaração Sobre o Direito em Desenvolvimento reconhece que o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes.

Também a Declaração e Programa de Ação de Viena afirma que

A democracia, o desenvolvimento e o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais são conceitos interdependentes que se reforçam mutuamente. A democracia se baseia na vontade livremente expressa pelo povo de determinar seus próprios sistemas políticos, econômicos, sociais e culturais e em sua plena participação em todos os aspectos de suas vidas. Nesse contexto, a promoção e proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, em níveis nacional e internacional, devem ser universais e incondicionais. A comunidade internacional deve apoiar o fortalecimento e a

promoção de democracia e o desenvolvimento e respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais no mundo inteiro (ONU, 1993).

Por sua vez, e em específico ao tema cuidados primários de saúde e desenvolvimento, a Declaração de Alma-Ata estabelece com importância:

III - O desenvolvimento econômico e social baseado numa ordem econômica internacional é de importância fundamental para a mais plena realização da meta de saúde para todos e para a redução da lacuna entre o estado de saúde dos países em desenvolvimento e dos desenvolvidos. A promoção e proteção da saúde dos povos é essencial para o contínuo desenvolvimento econômico e social e contribui para a melhor qualidade de vida e para a paz mundial (OMS, 1978).

Alinhando-se ao pensamento internacional, um estado de saúde digno está intimamente relacionado ao direito à vida, ao meio ambiente sadio e ao desenvolvimento social e econômico. Para Lidiane Nascimento Leão:

Ademais, além da saúde figurar em vários instrumentos internacionais como uma variável dependente para o desenvolvimento dos povos, a Constituição Brasileira de 1988 definiu claramente objetivos (sociais e econômicos) para a construção de políticas nessa área. No nível macro, toda política pública de saúde deve refletir a relação de interdependência e indivisibilidade do direito à saúde (art. 196) com o direito à vida (art. 5º, *caput*) e com os demais direitos de liberdade (art. 5º) e de igualdade (art. 6º) (LEÃO, 2017, p. 68-69).

No âmbito dos objetivos sociais, qualquer política pública de saúde que venha a ser elaborada deve ter como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como respeitar os direitos humanos já garantidos no plano internacional e doméstico (§ 2º do art. 5º da Constituição Federal) e os princípios doutrinários e organizativos das políticas públicas de saúde e de Estado que fundamentam o Sistema Único de Saúde (SUS) que adiante abordaremos.

Assim, o que se pode chamar de Ordem Constitucional da Saúde integra-se pelos vários dispositivos constitucionais atinentes ao tema, com especial destaque aos expressos na seção II do Capítulo II sobre a seguridade social e do Título VIII, que versa sobre a ordem social.

O sistema de seguridade social organizado na Constituição Federal é integrado por três subsistemas: o de previdência, o da saúde e o da assistência social, nos termos do art. 194, *caput*. O dever de assegurar esses três direitos fundamentais foi outorgado simultaneamente ao Poder Público e à sociedade, o que implica a necessidade de envolver todas as instâncias da

administração pública, direta e indireta, todos os entes da federação, bem como empresas, organizações sociais, sindicatos e os cidadãos de um modo geral.

O mesmo art. 194, em seu parágrafo único, elencou uma série de princípios da seguridade social que se aplicam indistintamente às três ordens apontadas:

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - equidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;
- VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Sinteticamente, a leitura combinada do art. 6º, art. 194, art. 196 e art. 198 da Constituição Federal permite a definição de princípios do direito à saúde, quais sejam: fundamentalidade, responsabilidade Estatal, acesso universal e igualitário, gratuidade e a integralidade.

Ainda, definição de princípios ou objetivos informadores dos processos de formulação, implementação e análise jurídica de políticas públicas de saúde, como a universalidade (art. 194, I; art. 196, *caput*) e o caráter democrático e descentralizado da administração, com participação da comunidade (art. 194, VII; art. 198, I e II).

Também o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais (art. 198, II) e a regionalização e hierarquização (art. 198, *caput*). Tais temas serão objeto de posterior análise neste trabalho quando do estudo das políticas públicas.

Importante destacar que o texto constitucional que consagra o direito à saúde não pode ser confundido com a norma jurídica extraída dele e, que, por conseguinte, tal direito irá apresentar distintas posições jurídico-fundamentais. Para Ingo Wolfgang Sarlet:

Tendo em vista que os deveres de proteção do Estado podem, por vezes, concretizar-se por meio de normas dispostas sobre o procedimento administrativo ou judicial, bem como pela criação de órgãos, constata-se, desde já, a conexão que pode existir entre estas duas facetas da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais. Para além desta constatação, foi feita oportuna referência na doutrina para a necessidade de um procedimento ordenado e justo para a efetivação ou garantia eficaz dos direitos

fundamentais. Por fim, agregada à perspectiva subjetiva e à teoria dos direitos a prestações, esta concepção levou ao reconhecimento de direitos subjetivos fundamentais à proteção mediante a organização e o procedimento (SARLET, 2015, p. 156-157).

Sendo assim, a maior dificuldade no que tange à implementação imediata pelo Estado é que, sendo o direito à saúde um direito social, pressupõe a existência de recursos financeiros. Daí a maior dificuldade de implementação imediata pelo Estado.

4.1 Políticas Públicas dos Direitos Sociais à Saúde

Conforme exposto anteriormente, a Constituição Federal expressa uma gama de princípios ou objetivos informadores dos processos de formulação, implementação e análise jurídica de políticas públicas de saúde, tais como a universalidade, caráter democrático e descentralizado da administração com participação da comunidade, atendimento integral e regionalização e hierarquização (art. 198, *caput*).

Ante tais objetivos, a implementação do direito à saúde, vincula-se à elaboração e à realização de políticas públicas que têm como instrumentos de realização os dispositivos constitucionais e toda uma vastidão normativa, a execução de ações e a eleição de prioridades. Para tanto, o Poder Constituinte de 1987/1988 previu instrumentos realizadores dessa implementação, sendo o Sistema Único de Saúde (SUS) o mais importante.

Como já dissertado no Capítulo 3 deste estudo, a criação constitucional do SUS foi uma vitória dos movimentos sociais de apoio à Reforma Sanitária brasileira, sendo grande as influências decisivas e praticamente hegemônicas da VIII Conferência Nacional de Saúde promovida pelo Ministério da Saúde em 1986.

A VIII Conferência foi um marco histórico, político e institucional na qual se afirmaram os grandes princípios norteadores da Reforma Sanitária, que constituíram o parâmetro de construção do SUS e, ao mesmo tempo, continuam desafiando a consolidação da democracia e da cidadania em saúde.

Ainda, a VIII Conferência Nacional da Saúde, pautada na participação popular para construção das políticas públicas, culminou por elaborar, sob o Tema 1, item 1, um conceito de saúde, vinculado diretamente ao direito de cidadania:

Em seu sentido mais abrangente, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte,

emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde (BRASIL, 1986).

No magistério de Lidiane Nascimento Leão:

Pode-se entender, a partir desse conceito de 1986, que o direito à saúde pressupõe o atendimento às necessidades básicas tanto individuais quanto da coletividade, realizado mediante um conjunto de políticas públicas sociais e econômicas, fruto da participação popular e, portanto, voltadas para a promoção de uma melhor qualidade de vida para todos (LEÃO, 2017, p. 73).

O Relatório Final da VIII Conferência Nacional de Saúde de 1986, ao ressaltar que o conceito de saúde não é abstrato, ressalta o contexto histórico da sociedade e seu momento de desenvolvimento e a contínua luta pelas conquistas sociais. Assim, considerou que o direito à saúde deve ser prestado pelo Estado, de forma a atuar positivamente para garantir condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade. E destaca, em item 4 do Tema 1 – Saúde como Direito:

Esse direito não se materializa, simplesmente pela sua formalização no texto constitucional. Há, simultaneamente, necessidade de o Estado assumir explicitamente uma política de saúde consequente e integrada às demais políticas econômicas e sociais, assegurando os meios que permitem efetivá-las. Entre outras condições, isso será garantido mediante o controle do processo de formulação, gestão e avaliação das políticas sociais e econômicas pela população (BRASIL, 1986).

Este movimento democrático, conhecido como Reforma Sanitária, foi o resultado de mobilizações dos mais diferentes segmentos sociais nas duas décadas que antecederam a Constituição de 1988 e foi decisivo para a mudança da concepção ideológica e estrutural da saúde pública brasileira materializada com a criação do Sistema Único de Saúde.

Apresentados os princípios e objetivos de formulação, implementação e análise jurídica de políticas públicas de saúde, mister o estudo do desenvolvimento e, como devem ser implementadas essas políticas pelo Estado. De pronto, depara-se com a necessidade de esboçar o que são políticas públicas na visão da ciência política, o que se revela uma árdua tarefa ante a gama de definições existentes.

No magistério de Lidiane Nascimento Leão, numerosas são as definições de política pública, como a que visa definir e compatibilizar objetivos e meios entre atores sociais sujeitos

a restrições, as que enfatizam a solução de problemas, que apresentam um caráter holístico, como um processo incremental entre outras (LEÃO, 2017, p. 85-95).

Contudo, para o ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição de 1988 destaca um instituto fundamental no processo de formulação e implementação de políticas públicas que é participação popular, bem como insere outro aspecto processual no conceito de política pública proposto, a consideração do fator temporal.

Esses aspectos compõem o conceito de políticas públicas para a Professora Maria Paula Dallari Bucci:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento de resultados (BUCCI, 2006, p. 39).

Nesse sentido, enfatizam-se o desenvolvimento do aspecto processual, bem como a percepção, o reconhecimento e a tradução das políticas públicas para o universo conceitual do direito, que o faz caber no espaço epistemológico da teoria geral do direito, bem como, se não há um conceito jurídico de políticas públicas, deve haver, com certeza, uma metodologia jurídica de políticas públicas. E que, portanto, a tarefa dessa metodologia seria descrever, compreender e analisar as políticas públicas, de modo a conceber as formas e os processos jurídicos correspondentes (BUCCI, 2006, p. 46-47).

A professora Maria Paula Dallari Bucci, ao tecer sua “teoria jurídica sobre políticas públicas”, sistematiza uma abordagem teórica com o fim de “contribuir para a criação de fórmulas de organização e estruturação do Poder Público capazes de melhorar a sua intervenção – tornando-a mais efetiva, racional e compreensível – e acelerar o processo de modernização, de redução da desigualdade e de inclusão social” (BUCCI, 2013, p. 37). Para citada autora, as políticas públicas constituem temática oriunda da Ciência Política e da Ciência da Administração Pública.

Tais definições acima apresentadas, nas palavras do Professor Marcos César Botelho e Elenrose Paleari do Amaral Camargo:

[...] apontam para o Estado como sujeito ativo central das políticas públicas, sobretudo pelo fato de que o paradigma dos direitos sociais, caracterizado, sobretudo, pelo intervencionismo estatal na vida econômica e social elevam o Estado a essa condição proeminente na seara das políticas públicas. Neste contexto, inclusive, pode se falar em um direito constitucional à efetivação da Constituição, conforme adverte Freire Júnior, em razão da força vinculante da Lei Fundamental e da aplicação imediata das normas constitucionais (CAMARGO e BOTELHO, 2011, p. 175).

Referidos autores expressam que, neste contexto, pode se falar em um direito constitucional à efetivação da Constituição em razão da força vinculante da Lei Fundamental e da aplicação imediata das normas constitucionais. Para tanto, citam que para Patrícia Arzabe:

[...] políticas públicas podem ser colocadas, sempre sob o ângulo da atividade, como conjuntos de programas de ação governamental estáveis no tempo, racionalmente moldadas, implantadas e avaliadas, dirigidas à realização de direitos e redistribuição de bens e posições que concretizem oportunidades para cada pessoa viver com dignidade e exercer seus direitos, assegurando-lhes recursos e condições para a ação, assim como a liberdade de escolha para fazerem uso desses recursos (*apud* CAMARGO e BOTELHO, 2011, p. 175).

Assim, tem-se que as políticas públicas são diretrizes que norteiam as ações em determinada área e sua formulação envolve a discussão de vários atores da sociedade como o governo, legisladores, sociedade civil, setores produtivos e empresariais, cujo consenso de proposições pode gerar a normatização que regula tais ações.

Como já expresseo, o processo constituinte demonstrou esta extrema importância para o desenvolvimento das políticas públicas de saúde no Brasil, sendo que, com a promulgação da Constituição em 1988, tivemos um marco histórico que desencadeou a partir de 1990 a aceleração do processo de uma vastidão normativa com vistas ao desenvolvimento das políticas públicas compreendidas no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Importante ressaltar que não se confundem políticas públicas com políticas de governos dadas à natureza transitória destes e à estabilidade temporal daqueles, o que leva a conclusão de que o Estado é o agente das políticas públicas e não os governos, embora estes tenham papel na definição e implementação das políticas públicas, conforme entendimento de Celina Souza:

No processo de definição de políticas públicas, sociedades e Estados complexos como os constituídos no mundo moderno estão mais próximos da perspectiva teórica daqueles que defendem que existe uma “autonomia relativa do Estado”, o que faz com que o mesmo tenha um espaço próprio de atuação, embora permeável a influências externas e internas (Evans, Rueschmeyer e Skocpol, 1985). Essa autonomia relativa gera determinadas

capacidades, as quais, por sua vez, criam as condições para a implementação de objetivos de políticas públicas. A margem dessa “autonomia” e o desenvolvimento dessas “capacidades” dependem, obviamente, de muitos fatores e dos diferentes momentos históricos de cada país (SOUZA, 2011, p. 27).

O papel dos governos, porém, é imposto pelas normas e princípios agasalhados na Constituição Federal. Logo, a atuação dos governos se fundamenta em uma autonomia relativa, já que sua liberdade de escolha das políticas públicas a serem implementadas sofre os influxos das normas constitucionais, bem como de disposições infralegais (CAMARGO e BOTELHO, 2011, p. 177).

Sob essa matriz constitucional, como acima exposto, vasta foi a normatização estabelecida e desenvolvida com políticas públicas de saúde voltadas a questões e populações específicas.

4.2 Diretrizes e Estrutura do Sistema Único de Saúde

Os fundamentos do Sistema Único de Saúde - SUS estão expressos na seção II do capítulo II do título VIII da Constituição Federal de 1988, que trata da Seguridade Social. O texto constitucional em comento estabelece normas que revelam direitos dos usuários, deveres do Estado e as diretrizes da organização do sistema, bem como sua forma de financiamento, a participação da iniciativa privada e de empresas de capital estrangeiro na assistência à saúde, as atribuições do sistema e a admissão de agentes comunitários de saúde e de combate às endemias.

Ainda, o texto constitucional remeteu a regulamentação do SUS à aprovação de leis complementares e ordinárias, sendo desde então, dentre as mais relevantes, aprovadas as seguintes leis pelo Congresso Nacional: 1) Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes; 2) Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e; 3) Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, que regulamenta o §3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, por estados, Distrito Federal e municípios em ações e serviços públicos de saúde, bem como estabeleceu critério de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas três esferas de governo.

A Lei nº 8.080/1990, também chamada Lei Orgânica do SUS, foi, por sua vez, alterada por inúmeras Leis que estruturam seu texto atual: nº 9.836, de 23 de setembro de 1999; nº 10.424, de 15 de abril de 2002; nº 11.108, de 7 de abril de 2005; nº 12.401, de 12 de abril de 2011; nº 12.401, de 28 de abril de 2011; nº 12.466, de 24 de agosto de 2011; nº 12.845, de 1º de agosto de 2013; nº 12.864, de 24 de setembro de 2013; nº 12.895, de 18 de dezembro de 2013; nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015; e pela Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012.

Esse conjunto normativo incluiu novos capítulos na Lei nº 8.080/1990, que tratam do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, do Subsistema de atendimento e internação domiciliar, do Subsistema de acompanhamento durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato e da assistência terapêutica e da incorporação de tecnologia em saúde.

Importante destacar que a legislação modificativa trouxe o reconhecimento das Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite como foros de negociação e pactuação entre gestores, em estrita consonância com o estudado modelo federativo cooperativo, muito embora na prática não observado.

Também, a declaração de utilidade pública e de relevante função social do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) e do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS), bem como seu reconhecimento como entidades representativas dos Entes estaduais e municipais para tratar de matérias referentes à saúde, dentre outras disposições.

Além das citadas leis ordinárias e complementar, foram aprovadas pelo Congresso Nacional cinco emendas constitucionais: a EC nº 29, de 13 de setembro de 2000; a EC nº 42, de 19 de dezembro de 2003; e a EC nº 51, de 14 de fevereiro de 2006; a EC nº 63 de 4 de fevereiro de 2010; e a EC nº 86, de 17 de março de 2015, que alteraram ou complementaram o capítulo da Seguridade Social na Constituição Federal.

A Emenda Constitucional nº 29 acrescentou artigos na Constituição Federal para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e dos serviços públicos de saúde. A Emenda Constitucional nº 42 alterou o Sistema Tributário Nacional e dispôs sobre a vinculação de receita de impostos para ações e serviços públicos de saúde. A Emenda Constitucional nº 51 estabeleceu a contratação dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias por estados, Distrito Federal ou municípios.

A Emenda Constitucional nº 63 dispôs sobre o piso salarial profissional nacional e diretrizes para os planos de carreira de agentes comunitários de saúde e de agentes de combate às endemias. E a Emenda Constitucional nº 86 alterou os artigos 165, 166 e 198 da Constituição

Federal, para tornar obrigatória a execução das emendas individuais ao projeto de lei orçamentária.

Com efeito, ante o advento da Lei nº 8.080/1990 e da Lei nº 8.142/1990, iniciou-se o processo de implantação do SUS, o que culminou com a publicação da Lei nº 8.689, de 27 de julho de 1993, que dispôs sobre a extinção do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), autarquia federal criada em 1977, no âmbito do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social para prestar assistência médica aos beneficiários daquele Sistema e vinculada ao Ministério da Saúde desde março de 1990.

As funções, as competências, as atividades e as atribuições do Inamps foram, então, absorvidas pelas instâncias federal, estadual e municipal gestoras do SUS, de acordo com as respectivas competências, critérios e demais disposições das mencionadas leis que regulamentam o SUS (CONASS, 2015, p. 19).

Para viabilizar a operacionalização do SUS e regulamentar as leis já publicadas, foram editados o Decreto nº 1.232, de 30 de agosto de 1994, que dispõe sobre as condições e a forma de repasse regular e automático de recursos do Fundo Nacional de Saúde para os fundos de saúde estaduais, municipais e do Distrito Federal, e o Decreto nº 1.651, de 28 de setembro de 1995, que regulamenta o Sistema Nacional de Auditoria no âmbito do SUS.

Somente com o Decreto nº 7.508 de 28 de junho de 2011 é que foi regulamentada a Lei 8.080/90 sob os aspectos da organização do SUS, do planejamento da saúde, da assistência à saúde e da articulação interfederativa. Houve, assim, longo período entre a aprovação dessa lei e sua regulamentação por meio de decreto, ou seja, passaram-se 20 anos, durante os quais o SUS foi operacionalizado por meio de portarias, que são atos administrativos normativos, de responsabilidade dos ministérios (CONASS, 2015, p. 20-21).

Dessa forma, por meio desses atos, foram editadas as Normas Operacionais Básicas durante os anos 1990, a Norma Operacional de Assistência à Saúde e o Pacto pela Saúde nos anos 2000, que se constituíram, sem dúvida, regulamentos importantes para a implantação do SUS ao longo desse tempo.

Tais portarias que ajudaram a estruturar o SUS foram debatidas ao longo desses quase 30 anos com os gestores do SUS, nos fóruns de representação dos gestores e da sociedade civil, como a Comissão Intergestores Tripartite (CIT) e o Conselho Nacional de Saúde. Entretanto, isso não ocorreu com o decreto de regulamentação publicado em 2011, cuja versão final foi debatida internamente no Ministério da Saúde e na Casa Civil da Presidência da República, sem

a participação dos demais gestores do SUS nem do Conselho Nacional de Saúde (CONASS, 2015, p. 21).

A seu turno, a Lei Complementar nº 141/2012 estabeleceu os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas três esferas de governo, sendo regulamentada pelo Decreto nº 7.827, de 16 de outubro de 2012, que estabeleceu os procedimentos de condicionamento e restabelecimento das transferências de recursos provenientes das receitas de que tratam o inciso II do caput do art. 158, as alíneas “a” e “b” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159 da Constituição Federal, que dispõe sobre os procedimentos de suspensão e restabelecimento das transferências voluntárias da União, nos casos de descumprimento da aplicação dos recursos em ações e serviços públicos de saúde de que trata a LC nº 141/2012.

Assim como ocorreu com o advento do Decreto nº 7.508/2011, a publicação da LC nº 141/2012 impôs uma nova pauta de discussão nos Grupos de Trabalho da Comissão Intergestores Tripartite (CIT) e na sua plenária, o que contribuiu para o aumento da vastidão normativa da saúde.

Essa afirmação se justifica uma vez que implantação e operacionalização dos novos dispositivos legais e regulamentares obrigou à uniformização de procedimentos nas três esferas de gestão do SUS. Culminou, ainda, na edição de outras normas de competência do Ministério da Saúde como as portarias ou em resoluções da Comissão Intergestores Tripartite (CIT), em geral discutidas e aprovadas naquele fórum de negociação e pactuação entre os gestores, quanto aos aspectos operacionais do SUS (CONASS, 2015, p. 22).

Assim, foram criados os instrumentos legislativos adequados para a efetivação do Sistema Único de Saúde, dando curso às diretrizes constitucionais que primaram por definir a assistência à saúde como de responsabilidade solidária de todos os entes federativos e consagrar o princípio do acesso universal e igualitário.

O SUS, consoante sua matriz normativa, foi dimensionado conjuntamente com as esferas de previdência social e da assistência social (art. 194 da CF/88), compondo um conjunto integrado destinado a assegurar dignidade material a todas as pessoas. Não obstante compartilhando um mesmo sistema – o da seguridade social – tais esferas foram organizadas de maneira própria, uma vez que todas dotas de peculiaridades que impediram uma normatização comum (SERRANO, 2012, p.107).

A previdência social, regulamentada pelos artigos 201 e 202 da Constituição Federal, concebida sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória e a

assistência social (artigos 203 e 204 da Constituição Federal). deve ser prestada a quem dela necessitar, independente de contribuição à seguridade social.

Destaca-se o caráter protetivo das normas aos hipossuficientes economicamente, sendo a saúde um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, nos termos do artigo 196 da Constituição Federal.

Assim, embora a saúde integre o sistema de seguridade social, tem características e princípios próprios, com nítido caráter universal e igualitário. Nessa linha, a já antiga Norma Operacional Básica do SUS (NOB-SUS/1996), muito antes do Decreto nº 7.508/2011, expressava:

Os ideais históricos de civilidade, no âmbito da saúde, consolidados na Constituição de 1988, concretizam-se, na vivência cotidiana do povo brasileiro, por intermédio de um crescente entendimento e incorporação de seus princípios ideológicos e doutrinários, como, também, pelo exercício de seus princípios organizacionais. Esses ideais foram transformados, na Carta Magna, em direito à saúde, o que significa que cada um e todos os brasileiros devem construir e usufruir de políticas públicas - econômicas e sociais - que reduzam riscos e agravos à saúde. Esse direito significa, igualmente, o acesso universal (para todos) e equânime (com justa igualdade) a serviços e ações de promoção, proteção e recuperação da saúde (atendimento integral).

O Sistema Único de Saúde, como instrumento de concretização do direito à saúde, logrou alcançar a estruturação completa, solidamente fincada sob os princípios consagrados pela própria Constituição Federal, com destaque ao acesso universal e igualitário, prescindindo-se de qualquer contribuição. Para Mônica de Almeida Magalhães Serrano:

Tais princípios orientadores é que demonstram, por certo, a grande novidade de um modelo criado em um ambiente estritamente democrático, sendo certo que a universalização do Sistema Único implantado pela nova ordem constitucional visa a beneficiar toda a população brasileira, de forma igualitária. Há que se verificar que a saúde integra o Sistema de Seguridade Social, mas diferindo dos demais integrantes deste sistema, ou seja, da Previdência Social e da Assistencial Social (SERRANO, 2012, p.109).

Quanto às suas diretrizes, a Constituição Federal estabeleceu em seu artigo 198 que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, organizado segundo três aspectos: 1) descentralização, com

direção única em cada esfera de governo; 2) assistência integral e; 3) participação da comunidade.

Assim, todos os entes federativos, participam de forma coordenada, do sistema de saúde implantado, com direção única, através de rede descentralizada, regionalizada e hierarquizada. A regionalização, efetivamente definida pelo Decreto 7.508/11, indica a necessidade da criação de regiões de saúde, nas quais deve haver hierarquização do atendimento. Deste modo, o sistema público deve criar uma rede de referências e contrarreferências em matéria de saúde.

Ainda, o sistema passou, com a Constituição de 1988, a ser unificado, e não mais difundido por vários órgãos e ministérios, mas com direção única, gerida, em nível Federal, pelo Ministério da Saúde, a quem compete a direção da política nacional, e nos Estados e Municípios pelas respectivas Secretarias de Saúde (SERRANO, 2012, p.116).

Desta forma, todas as ações e recursos públicos na área de saúde, por uma designação direta da Constituição, integram o Sistema Único de Saúde, devendo, pois, formar uma rede regionalizada e hierarquizada, com participação necessária de todos os entes da federação.

Nas palavras de Mônica de Almeida Magalhães Serrano:

O SUS, assim, foi introduzido no âmbito federal, distrital, estadual e municipal, de forma sistêmica e coordenada, rompendo, em parte, com as premissas da forma federal de Estado, vez que sua nota de maior relevo é a cooperação entre os entes (SERRANO, 2012, p.109).

As diretrizes apontadas justificam o sistema único, no sentido de que as três esferas da federação têm obrigações recíprocas e permanentes com relação à saúde, de tal forma que se uma delas não cumpre adequadamente suas obrigações, a outra deve fazê-lo.

Todos os entes federados são, desta forma, gestores do sistema de saúde, cujas diretrizes são nacionais, sendo certo que a atuação se dará de forma descentralizada.

Não há hierarquia entre os entes federados, mas distribuição de competências e, dentro dos limites desta, os Estados e Municípios devem desenvolver as respectivas políticas e gestões próprias de saúde, porém de forma concatenada e com responsabilidade comum e solidária perante a população.

A atuação das esferas federadas deve ser coordenada, cabendo à União a direção nacional do sistema único de saúde, aos Estados a direção no âmbito regional de cada Estado e, finalmente, aos Municípios a gestão das ações e recursos em matéria de saúde.

A viabilização da atuação coordenada e harmônica entre os entes federados se efetiva por meio dos denominados fóruns de negociação: Comissão de Intergestores Regional (CIR),

Comissão Intergestores Bipartite (CIB) em nível estadual e Comissão Intergestores Tripartite (CIT) em nível federal, além dos Conselhos de Saúde, municipais, estaduais e federal.

4.3. O Financiamento da Saúde Pública no Brasil

A saúde, nas últimas décadas, assim como outros direitos sociais, configura verdadeiro fator de aflição no cotidiano do povo brasileiro. O subfinanciamento do setor deveras, conhecido pelos diferentes atores sociais e grupos de interesse direta ou indiretamente envolvidos no processo de construção do SUS, é tido como fator impeditivo do cumprimento dos preceitos constitucionais de acesso universal e atendimento integral.

Apesar da legislação construída ao longo dos anos, os recursos financeiros para o SUS têm sido insuficientes para dar suporte a um sistema público universal de qualidade.

Praticamente, desde a edição da Lei 8.080/1990 a questão do financiamento da saúde tem suscitado crises crescentes nas últimas décadas, e a busca constante de fontes para o custeio dos serviços. A vinculação de recursos para o SUS já constava da proposta da Comissão Nacional da Reforma Sanitária (CNRS) e pretendia vincular a saúde recursos equivalentes a 10% do PIB.

Essa pretendida vinculação não foi acolhida pela Constituição Federal de 1988 e somente doze anos depois, com a Emenda Constitucional nº 29/2000 foi estabelecida a vinculação constitucional de receitas da União, dos estados, dos municípios e do Distrito Federal (CONASS, 2015, p. 87).

Passaram-se mais doze anos até a regulamentação da vinculação pela Lei Complementar nº 141/2012, que manteve a regra da Emenda Constitucional nº 29/2000, não acrescentando mais recursos tão necessários à manutenção do Sistema Único de Saúde.

A frustração dessa expectativa gerou mobilizações na sociedade com vistas a garantir mais recursos para a saúde, e o Movimento Nacional em Defesa da Saúde Pública entregou no início de agosto de 2013 à Câmara dos Deputados 2,2 milhões de assinaturas de eleitores que exigem a aplicação do equivalente a 10% da receita corrente bruta da União em ações de saúde (CONASS, 2015, p. 87).

O projeto foi aprovado pela Comissão de Legislação Participativa, apresentado como Projeto de Lei Complementar nº 321/2013 e tramita na Câmara apensado ao Projeto de Lei Popular nº 123/2012 até o presente momento. Existem vários outros projetos que propõem aplicar percentuais da Receita Corrente Líquida da União em ações de saúde de 15 a 19%

escalonados de diferentes maneiras e tempo, com criação ou não de novos impostos e com diferentes alíquotas (CONASS, 2015, p. 88).

Para piorar esse quadro de subfinanciamento da saúde, a promulgação da Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015 aplicou um duro golpe no já combalido SUS ao revogar a reavaliação das normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.

Assim, os recursos pela exploração de petróleo e gás natural destinados para a área de saúde não serão acrescidos ao montante mínimo obrigatório como definia a Lei nº 12.858 de 9 de setembro de 2013. Nesse contexto, dificilmente, conseguir-se-á no futuro próximo a alteração deste cenário ante a regulamentação da matéria no texto constitucional o que exigirá quórum qualificado do Congresso.

Quanto aos gastos públicos com ações e serviços de saúde no Brasil, segundo dados apresentados pelo CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde, em 2000, por parte do governo federal, dos estados e dos municípios, foram estimados em cerca de R\$ 34 bilhões de reais. Nesse ano, os gastos do governo federal com recursos próprios somaram R\$ 20,4 bilhões (60% do total) e os de estados e municípios alcançaram R\$ 6,3 bilhões (18,5%) e R\$ 7,3 bilhões (21,5%), respectivamente (CONASS, 2015, p. 90).

Em 2004, que seria o fim da transição estipulada pela Emenda Constitucional nº 29/2000, o governo federal já havia diminuído para 49,26% sua participação nos recursos para a saúde. Isso continua acontecendo e, em 2013, os gastos do governo federal com ações e serviços de saúde foram de R\$ 83.043.726.306, que representaram 42,59% enquanto os estados, municípios e o Distrito Federal já arcam com 57,41% dos recursos aplicados em saúde (CONASS, 2015, p. 90).

A União, maior arrecadadora de impostos e contribuições (68,6%), fica com a maior parte da receita (57,2%) do país, também é responsável pela formulação e pela execução da política econômica, portanto, só ela pode, nesse momento, aumentar os recursos para minimizar os graves problemas de acesso da população brasileira aos serviços de saúde.

Esse cenário pessimista somente se acentuou nos últimos anos. A crise econômica e o aumento do desemprego fizeram migrar para o já inchado SUS uma gama significativa de usuários do sistema que anteriormente eram amparados por planos de saúde privados.

Também, a implementação de novos serviços como a ampliação da Estratégia Saúde da Família, UPAs - Unidades de Pronto Atendimento, SAMU – Serviço de Atendimento Móvel de Urgência, construção de inúmeras redes e programas, fez crescer vertiginosamente a demanda por serviços públicos de saúde, sem que houvesse a devida contrapartida de

financiamento, em especial por parte da União e dos Estados, o que revela o grande problema causado para os Municípios.

A aplicação de recursos da União na área somou R\$ 115 bilhões em 2017, 0,7 ponto percentual acima dos 15% de receita corrente líquida, o mínimo estabelecido para o governo federal na saúde. Os Estados destinaram R\$ 65,6 bilhões para a saúde, o equivalente, em média, a 13,4% da receita própria e 1,4 ponto percentual acima do mínimo constitucional de 12% (CONASS, 2018).

Já os municípios aplicaram em 2017 valor maior que os Estados, tanto em termos absolutos como relativos. As prefeituras destinaram R\$ 81,75 bilhões à saúde, o equivalente a 24,22% da receita própria, 9,22 pontos percentuais acima do mínimo de 15%. Os números apontam a municipalização forçada dos serviços de saúde. Em 2013, os Estados aplicaram em saúde 12,99% da receita própria, 0,99 ponto percentual acima do mínimo constitucional. O avanço nos últimos cinco anos foi de 0,41 ponto percentual da receita (CONASS, 2018).

Importa destacar a origem desses recursos, ante as disposições dos artigos 195 e 198 da Constituição Federal, que estabelece ser o financiamento do SUS responsabilidade comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Como já delineado neste estudo, a Emenda Constitucional nº 29 determinou a vinculação e estabeleceu a base de cálculo e os percentuais mínimos de recursos orçamentários que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios são obrigados a aplicar em ações e serviços públicos de saúde. O parágrafo 3º que deu nova redação ao artigo 198 e previu possibilidade de os percentuais mínimos serem reavaliados por Lei Complementar pelo menos a cada cinco anos desde a data de promulgação da Emenda.

Por sua vez, a Lei Complementar nº 141/2012, ao regulamentar referido art. 198 definiu o valor mínimo e normas de cálculo do montante mínimo a ser aplicado, anualmente, pela União em ações e serviços públicos de saúde, bem como os percentuais mínimos do produto da arrecadação de impostos a serem aplicados anualmente pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios em ações e serviços públicos de saúde.

Também, estabeleceu critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, e dos estados destinados aos seus respectivos municípios, visando à progressiva redução das disparidades regionais. Disciplinou, ainda, normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal.

O Decreto nº 7.827 de 16 de outubro de 2012 regulamentou a Lei Complementar nº 141/2012 e estabeleceu os procedimentos de condicionamento e restabelecimento das

transferências constitucionais, além dos procedimentos de suspensão e restabelecimento das transferências voluntárias da União, nos casos de descumprimento da aplicação dos recursos em ações e serviços públicos de saúde.

Por derradeiro, a Emenda Constitucional nº 86 de 17 de março de 2015 alterou o inciso I do §2º do art. 198 da Constituição Federal referente ao valor mínimo e as normas de cálculo do montante mínimo a ser aplicado, anualmente, pela União em ações e serviços públicos de saúde, definindo que será cumprido progressivamente em cinco anos, a partir de 2016, bem como revogou o inciso IV do §3º do mesmo artigo que previa a possibilidade de o percentual mínimo da União ser reavaliado, por Lei Complementar, pelo menos a cada cinco anos. Ainda, determinou a inclusão, para fins de cumprimento do montante mínimo aplicado pela União, dos recursos destinados para a área de saúde oriundos da exploração de petróleo e gás natural e das emendas individuais.

No que tange à aplicação dos recursos mínimos em ações e serviços de saúde, no caso da União e para o ano de 2000, a Emenda Constitucional nº 29 definiu a base de cálculo como equivalente ao montante empenhado em ações e serviços de saúde no exercício financeiro de 1999, acrescido de, no mínimo, 5%.

De 2001 até o ano de 2004, a base de cálculo deveria corresponder ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual.

Essa mesma base foi ratificada na Lei Complementar nº 141/2012. Com a Emenda Constitucional nº 86, definiu-se que, a partir de 2016, a União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor da Receita Corrente Líquida (RCL) do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15%, mas que será cumprido progressivamente.

Os estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos municípios.

Os municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos a que se referem o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o §3º do art. 159, todos da Constituição Federal.

Deve-se observar o disposto nas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas quando fixarem percentuais superiores aos estabelecidos na Lei Complementar nº 141/2012 para aplicação em ações e serviços públicos de saúde.

No caso do Distrito Federal é especial. As receitas orçamentárias dessa instância da Federação possuem componentes que são não só típicos das receitas estaduais, mas também das municipais. Assim, segundo a correspondência desses componentes, aplica-se o percentual mínimo de vinculação dos estados ou dos municípios e, no mínimo, 12% do produto da arrecadação direta dos impostos que não possam ser segregados em base estadual e em base municipal (CONASS, 2015, p. 98).

Está compreendida, na base de cálculo dos percentuais dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, qualquer compensação financeira proveniente de impostos e transferências constitucionais previstos no §2º do art. 198 da Constituição Federal, já instituída ou que vier a ser criada, bem como a dívida ativa, a multa e os juros de mora decorrentes dos impostos cobrados diretamente ou por meio de processo administrativo ou judicial.

4.4 O Subfinanciamento e a Inefetividade do Direito Humano à Saúde no Brasil

Este panorama de subfinanciamento da saúde e as distorções do sistema cooperativo de aplicação de recursos, frequentemente, levam à confrontação entre a teoria da “reserva do possível” e o “mínimo existencial”, o que revela a falha do Poder Público, mesmo ante a vastidão normativa apontada neste estudo, em garantir a disponibilidade e fruição de tais direitos fundamentais sociais.

Falha esta imputada especialmente ao Poder Legislativo e Executivo, uma vez aquele não criar normas e metas a serem alcançadas, e com isso fazer com que o Executivo tenha o condão de cumprir aquilo que foi determinado, adotando medidas efetivas para implementação das políticas públicas já planejadas.

A realidade vivenciada é oposta. Os insuficientes recursos são mal administrados, as políticas públicas são ineficientes e, muitas vezes, inexistentes, porque tais dificilmente são cumpridas, ficando ainda mais comprometida a promoção do bem-estar social e a garantia, em específico, do direito à saúde. Para Lenir Santos:

Os maiores impasses ao longo desses anos foram o financiamento insuficiente e a gestão ineficiente que se retroalimentam, uma colocando a culpa na outra quando ambas são o resultado da falta de compromisso público com a saúde, o modelo patrimonialista e burocrata do Estado que acredita em carimbos e

tráfego de papéis. O financiamento não se resolverá sem uma reforma tributária que altere o modelo centralista da Federação, com impostos progressivos e outras políticas (SANTOS, 2018, n.p.).

Esses impasses econômicos, dentre outros, foram extremamente prejudiciais ao financiamento da saúde no Brasil, importando em um gasto público de 4% do PIB, enquanto o nível praticado pelos países com saúde de acesso universal, segundo Lenir Santos, tem sido minimamente de 7%, o que leva citada autora à seguinte reflexão:

O subfinanciamento data do advento da Constituição em 1988. Para não discorrer sobre todos os seus eventos, que nunca se deu ao acaso, sendo deliberado para asfixiar pela rota financeira, direitos constitucionais, talvez possamos apontar os cinco principais, os que mais complicaram o financiamento da saúde pública: a) A DRU que se iniciou com o Fundo Social de Emergência em 1993, retirando recursos da saúde que hoje estão em 30% o volume de permissão de seu contingenciamento; b) a vinculação de boa parte das contribuições sociais pela EC 20, em 1988 para a previdência social; c) a conversão da URV em Real com perda de 20% dos recursos originais; d) a retirada de 40% dos valores adicionais da CPMF e depois a sua extinção; f) a EC 95, de 2016 (SANTOS, 2018, n.p.).

Não bastasse o subfinanciamento causado pela União, mais de 40% dos estados não aplicam o mínimo de 12% na saúde, ao passo que 100% dos municípios aplicam acima do mínimo de 15%, chegando a média de 26%. Esse desequilíbrio acaba por acarretar a não modernização da Administração Pública e uma paralisia entre aqueles que detêm o poder para promover mudanças (SANTOS, 2018, n.p.).

Como consequência desse subfinanciamento e seus reflexos no modelo cooperativo brasileiro, temos a exponencial busca pela tutela jurisdicional do Estado, na busca de proteção ao direito lesado ou ameaçado de lesão.

Contudo, não parece que o Judiciário queira se imiscuir nas competências dos outros poderes em traçar as políticas públicas, mas a busca da resolução de um problema que não conseguiu ser remediado ou uma meta que não conseguiu ser atingida pelo Poder Legislativo e Executivo. Para Eduardo Cambi:

A inércia estatal em tornar efetivos os direitos fundamentais sociais, especialmente em países de modernidade tardia, revela o desprezo dos governantes pela Constituição. O Estado, quando se omite na efetivação destes direitos, ofende gravemente a Lei Fundamental, compelindo as instituições integrantes do sistema de justiça a buscar a defesa e, de preferência, a observância desses direitos sem a intervenção judicial. Contudo, se forem frustrados os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, cabe ao

Judiciário atuar para restaurar o respeito e a autoridade da Constituição (2018, p. 296).

Embora não seja um dos objetivos deste estudo, merece destaque que a crescente busca pela tutela jurisdicional dos direitos à saúde, geradora da chamada judicialização, não decorre apenas da expansão do Judiciário no Brasil pós 1.988 e da crescente mobilização social e performance mais assertiva e ativista dos juízes.

Decorre sobretudo da disfunção orgânica do sistema cooperativo brasileiro gerador de distorções no desenvolvimento e financiamento das políticas públicas de saúde que de fato frustram a solução dos conflitos extrajudicialmente, o que revela a grave crise de gestão administrativa no país.

Por tais motivos, a tutela jurisdicional dos direitos sociais da saúde merece especial destaque no chamado acesso à justiça, ante as peculiaridades e urgências que se apresentam, o que impõe sua celeridade e efetividade. Para Eduardo Cambi:

O art. 5º, XXXV, da CF/1988 não assegura apenas o direito de acesso à justiça. De nada adiantaria possibilitar o ingresso à justiça se o processo judicial não garantisse meios e resultados. Por isso, especialmente após o acréscimo pela EC 45/2004, do inc. LXXVIII ao art. 5º da CF/1988, a exemplo da interpretação do art. 6º, n. 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e do Cidadão, o inciso XXXV do art. 5º da CF/88 deve ser interpretado como um direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva (2018, p. 297-298).

Assim, escassez ou indisponibilidade dos serviços possibilita a fruição do direito fundamental à tutela jurisdicional, consagrado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, para a busca de efetivação destes direitos fundamentais sociais, o que na essência busca dar eficácia positiva ou simétrica aos princípios e normas constitucionais. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

A eficácia positiva aos princípios ainda é uma construção recente. Seu objetivo, no entanto, seja quando aplicável às regras, seja quando aplicável aos princípios, é o mesmo: reconhecer àquele que seria pela norma, ou simplesmente àquele que deveria ser atingido pela realização dos seus efeitos, direito subjetivo a esses efeitos, de modo que seja possível obter a tutela específica da situação contemplada no texto legal (BARROSO, 2009, p. 379).

Nesse sentido, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, em especial quando em condições de aplicabilidade, o que justifica a tutela jurisdicional, cuja atuação não pode ser limitada por interpretações inadequadas de reserva do

possível e mínimo existencial, ante a insistente inércia do Legislativo e Executivo. No entendimento de Flávia Piovesan:

O princípio constitucional da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais intenta assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Isso significa que esse princípio investe os Poderes Públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos. Todos os direitos fundamentais – entenda-se também os direitos civis e políticos como os direitos econômicos, sociais e culturais – passam, assim, a dispor de força jurídica vinculante (PIOVESAN, 2003, p. 46).

Por sua vez, cediço que a efetivação do direito à saúde provoca gastos ao erário, até porque não há como falar de direito à saúde, na sua dimensão positiva, sem observar os custos que lhe são inerentes. Porém, a ineficiência de gestão, a corrupção e os devaneios de interesse político fizeram com que o Estado gerasse nas últimas décadas um perturbador e ineficiente silêncio quanto à incapacidade de se garantir direito tão fundamental.

Todo o conjunto normativo garantidor e regulamentador do direito fundamental social à saúde, ante a inércia e ineficácia estatal, muitas vezes, representa vãs promessas em um constante paradoxo com as garantias constitucionais para tornar realidade e efetivos esses direitos.

A indisponibilidade de fruição a tais direitos, segundo Mônica de Almeida Magalhães Serrano, revela que a grande problemática que se impõe ao constitucionalismo atual, especialmente quando se trata de países emergentes, como o Brasil, é justamente no tocante à falta de efetividade e aplicabilidade das normas de direitos sociais (SERRANO, 2012, p. 50).

A questão de escassez dos recursos públicos, a falta de implementação das políticas públicas para a concretização dos direitos sociais, e até mesmo a ineficiência no trato da coisa pública não poderão levar à descaracterização da natureza das normas de direitos sociais. (SERRANO, 2012, p. 181). Na lição de Norberto Bobbio:

O problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los. Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro de garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (BOBBIO, 2004, p. 45).

O surgimento dos primeiros direitos sociais estava ligado às normas com efeitos meramente programáticos, que traçavam diretrizes a serem buscadas pelo Estado, sem, contudo, qualquer traço de obrigatoriedade, deixando de proporcionar ao beneficiário o respectivo direito subjetivo ou qualquer outro mecanismo de exigibilidade. Para Mônica de Almeida Magalhães Serrano:

Verifica-se que os direitos individuais se materializavam por meio de normas constitucionais aplicáveis de imediato, enquanto os direitos sociais foram surgindo sistematicamente correlacionados a uma ideia de aplicação paulatina, segundo critérios discricionários do administrador público. Tinham como viés uma atuação prestacional, por parte do Estado, que, não raro, a legava a limitabilidade dos recursos públicos para o cumprimento dos objetivos constitucionais. Assim, eclodiram várias normas programáticas, sem a respectiva delimitação dos meios ou garantias para o atingimento das finalidades, o que não mais se sustenta (SERRANO, 2012, p. 51).

A própria ordem constitucional, ainda que formalmente, encerra tal celeuma, através do artigo 5º, § 1º, impondo, de forma clara, a aplicabilidade imediata das normas de direitos sociais. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, assim, apesar da discussão doutrinária e jurisprudencial, têm aplicação imediata, o que já foi abordado neste estudo.

Importante destacar que a Teoria da Reserva do Possível, de matriz alemã, aduz que a efetividade dos direitos sociais, incluindo o direito à saúde estaria condicionado às possibilidades e às reservas das capacidades financeiras do Estado.

No entanto, a reserva do possível não se limita só a possibilidade do Estado de arcar com certas despesas, isto é, não se pode falar de uma reserva do financeiramente possível, visto que referida teoria se expande em outras dimensões.

Sob o conceito de garantia do mínimo existencial, que surgiu ligado diretamente à dificuldade de efetivação dos direitos sociais, relativamente à questão da limitação fática dos recursos financeiros para a concretização de políticas públicas, passou-se a acreditar que a efetivação dos direitos sociais deveria estar condicionada diretamente à existência de possibilidade econômica do razoável, consistente no princípio da reserva do possível (SERRANO, 2012, p. 65).

A expressão reserva do possível, segundo Ana Paula de Barcellos, descreve o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante da infinidade de necessidades a serem por eles supridas. Nesse fenômeno, convivem duas situações distintas: *a reserva do possível fática*, que corresponde à inexistência fática de recursos (a exaustão

orçamentária) e *a reserva do possível jurídica*, que descreve a ausência de autorização orçamentária para uma despesa em particular (BARCELLOS, 2008, p. 261-263).

Assim, se a pretensa exiguidade dos recursos públicos impede a realização efetiva de todos os direitos sociais, surge a garantia do mínimo existencial como limite à concretização de todas as demandas sociais.

Contudo, em nenhum momento, pensa-se na reserva do possível como instrumento de limitação dos direitos de acesso à saúde, mas sim como instrumento conformador de demandas sociais, que, embora inerentes ao bem-estar social e necessária à realização da personalidade, não se situam nesse limiar mínimo. No magistério de Vidal Serrano Nunes Júnior:

Contrapondo-se os limites materiais do orçamento ao aumento progressivo das exigências dos cidadãos em relação aos direitos de participação nos benefícios da vida associada (direitos fundamentais sociais), a teoria da reserva do possível, em sua concepção original, pode ser sintetizada na observância de dois pontos essenciais de seu regime jurídico: observância, intransigente e incondicionada, do mínimo vital; realização de outros direitos sociais condicionada às possibilidades do orçamento, desde que comprovado o esforço proporcional do Estado em dar resposta à respectiva demanda social (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 176).

Ainda, para citado autor, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, parece clara a impossibilidade de aplicação da chamada teoria da reserva do possível, quer em relação ao âmbito de projeção do conceito de mínimo vital, quer em relação aos direitos públicos subjetivos atribuídos por norma constitucional, os quais não outorgam qualquer margem de conformação para o legislador ordinário, inclusive no que toca às leis orçamentárias (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 194).

A corroborar esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal em diversas ocasiões analisou a questão acerca da possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Estado o adimplemento de políticas públicas na área de saúde.

A preocupação do Supremo pautou-se na eventual ofensa ao postulado da separação de poderes, quando o Judiciário determina ao Estado o adimplemento de políticas públicas constitucionalmente estabelecidas, de medidas ou providências destinadas a assegurar, concretamente, à coletividade em geral, o acesso e o gozo de direitos afetados pela inexecução governamental de deveres jurídico-constitucionais.

Para o Supremo Tribunal Federal, o direito à saúde trata-se de típico direito de prestação positiva, que deve ser garantido mediante políticas públicas para redução do risco de doença e de outros agravos. Tais políticas, no entender do STF, devem compreender todas as

prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição Federal, que tem por fundamento a densidade normativa da regra constitucional.

Por tais motivos, não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência ou oportunidade, a nulificação dessa mesma prerrogativa essencial.

Nesse sentido:

Recurso Extraordinário – Ação Civil Pública para elaboração de Plano Municipal de Controle de Tuberculose – Obrigação Jurídico-Constitucional que impõe ao Poder Público o dever de observância do Direito Constitucional da Saúde (CF, art. 196 e seguintes) – Implementação de Políticas Públicas - Violação aos Princípios da Separação dos Poderes e da Reserva do Possível – Inocorrência – Decisão que se ajusta à jurisprudência prevalente no Supremo Tribunal Federal – Consequente Inviabilidade do Recurso que a impugna – Sucumbência Recursal – (CPC, art. 185, § 11) – Não decretação, no caso, ante a ausência de condenação em verba honorária na origem – Agravo Interno Improvido.(RE 1165054 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 31/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-139 DIVULG 26-06-2019 PUBLIC 27-06-2019).

A realidade brasileira de contínua manutenção de boa parte da população marginalizada da partilha dos benefícios produzidos pela vida associada é fator de desequilíbrios e embates. Contudo, é evidente que a reivindicação dos direitos sociais, que extrapolem ao mínimo vital e aqueles que foram insertos no patrimônio jurídico de todos os indivíduos pela atribuição constitucional de direitos públicos subjetivos não podem ser rigidamente condicionados pela cláusula da reserva do possível.

Nesse sentido, transcrevemos trecho do voto do Ministro Celso de Mello proferido nos autos do referido RE 1165054 AgR:

Cumpre advertir, *desse modo*, que a cláusula da “*reserva do possível*” – ressalvada a ocorrência de justo motivo *objetivamente aferível* – não pode ser invocada, *pelo Estado*, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, *dessa conduta governamental negativa*, puder resultar nulificação ou, *até mesmo*, aniquilação de direitos constitucionais impregnados *de um sentido de essencial fundamentalidade* (STF, RE 1165054 AgR.).

Assim, a Suprema Corte firmou o entendimento que não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, além de caracterizar-se pela gradualidade de seu

processo de concretização, depende, em grande medida, do suporte financeiro e orçamentário do Estado.

Contudo, tal circunstância deve ser comprovada, objetivamente e não mediante a mera alegação desarrazoada do princípio da reserva do possível. Para o Ministro Celso de Mello:

Não se mostrará lícito, *contudo*, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004).

De igual forma, a doutrina se inclina para o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o controle de políticas públicas na área da saúde pelo judiciário não causa lesão à teoria de separação dos poderes.

Para Thiago Nogueira Russo e Neide Aparecida de Souza Lehfeld, inexistente afronta a separação de poderes prevista no artigo 2º da Constituição Federal, porque atua em casos excepcionais em que os Poderes Executivos e Legislativos não cumpriram com suas atribuições ordinárias, acarretando prejuízos ou até uma possível aniquilação aos direitos fundamentais dos cidadãos e das promessas de modernidade até hoje não implementadas (RUSSO e LEHFELD, 2015, p. 326).

Certo é que o processo de concretização dos direitos de segunda geração, de implementação sempre onerosa, traduz-se em um binômio que compreende de um lado a razoabilidade da pretensão individual ou social deduzida face o poder público e de outro a disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas nela reclamadas.

Assim, se em um dado momento se possa reivindicar a assunção integral de algumas prestações com o hoje entendido como mínimo vital, como por exemplo acompanhamento universal e integral por equipe multidisciplinar para todas as pessoas ou submissão a tratamentos experimentais em institutos privados em países estrangeiros, atualmente poderiam ser objetáveis.

Porém, não se pode aplicar esse entendimento à realidade brasileira, na qual uma fila de esqualidos e abandonados sociais aguardam dias por um leito em uma simples cadeira ou no chão, anos por uma simples cirurgia eletiva ou uma prótese ortopédica. Estas pessoas devem

ter a garantia da defesa de um núcleo básico e irremissível de seus direitos sociais garantidos constitucionalmente.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal expõe que a questão não se limita ao possível, mas ao prometido, comprometido e previsto nas disposições constitucionais e infraconstitucionais, diuturnamente desobedecidos pelo Estado.

Evidente que este possível não pode ser utilizado de forma desproporcional quando transborde do necessário a garantir a efetivação do direito fundamental garantido pelo ordenamento jurídico-constitucional. Na conclusão de Vidal Serrano Nunes Júnior:

Concatenando-se a análise do direito positivo brasileiro aos pressupostos de realidade aos quais é aplicado, temos que a teoria da reserva do possível - em regra, evocada como argumento fazendário para objetar a realização de direitos essenciais à dignidade - é de aplicação excepcional, circunscrita a discussões atinentes à realização de direitos sociais que extrapolem o conceito de mínimo vital e que não estejam incorporados por normas constitucionais atributivas de direitos públicos subjetivos e seus destinatários (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 196).

Portanto, a reserva do possível deve estar dimensionada à realidade brasileira, implicando uma análise minuciosa a respeito da ponderação que deve existir entre possibilidade de o Estado arcar com os custos sem causar mais desvantagens do que vantagens para a efetivação do direito à saúde, e, por consequente, o direito à vida.

Deste modo, a invocação do princípio da reserva do possível, assim como quaisquer hipóteses acerca da preponderância de princípios ou direitos merecem análise atenciosa a partir do caso concreto.

E, embora haja uma inclinação jurisprudencial para resolver a favor do direito à saúde, são imprescindíveis as devidas cautelas ao Poder Judiciário para que não se imiscua nas competências do Legislativo e Executivo, bem como não as potencialize para negar o mínimo vital a quem dele necessite.

Como bem observado por Dirceu Pereira Siqueira, necessário é o magistrado aplicar e efetivar os direitos fundamentais, não havendo que se falar em negar a tutela em decorrência de uma norma infraconstitucional ante um direito fundamental. Incumbe ao magistrado, enquanto representante do Poder Judiciário, não a possibilidade, mas o dever de intervir, sempre que necessário para a efetivação dos direitos fundamentais (SIQUEIRA, 2009, p. 175-176).

Assim, para além da reserva do possível e do mínimo existencial, o dilema permanente e simplista que permeia a mente dos magistrados, qual seja, a decisão da manutenção da vida e

a possível morte, tême é o espaço para análise técnica acerca dos limites dos deveres constitucionais do Estado e as políticas públicas por ele traçadas.

5. A GESTÃO COOPERATIVA DA SAÚDE NO FEDERALISMO BRASILEIRO

A Constituição Federal, em seu art. 1º, trouxe a indicação de que o Brasil é uma República Federativa, composta pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. A forma federal, como já delineado neste estudo, constitui um mecanismo de divisão espacial do poder, revelando, pois, a existência de entes estatais distintos, com competências igualmente distintas, tornando necessária uma análise acerca de como cada um dos entes deve agir em torno das obrigações genericamente atribuídas ao Poder Público.

Adotada a forma federal de Estado, uma das questões que se põe é a repartição de competências, característica principal do Estado Federal, o que ganha especial relevância na área da saúde, quer pela sua importância para as pessoas, quer pela dimensão das ações estatais que o setor naturalmente reclama (DALLARI e NUNES JÚNIOR, 2010, p. 101).

Nesse sentido, importante previamente destacar que a Constituição Federal prevê competências de natureza material e legislativa. Esta diz respeito à elaboração de leis, aquela à realização de atividades administrativas. O princípio geral que norteou o Constituinte na repartição de competências foi a predominância de interesses, na competência material comum (art. 23 da CF/88), ao tratar das políticas e serviços de saúde, atribuiu tarefas comuns aos entes federativos.

Assim, a perspectiva de busca por eficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos e competências federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas, justificou a criação do Sistema Único de Saúde – SUS, que tem em sua base normativa infraconstitucional como principais diplomas estruturais e regulamentares a Lei 8.080/1990 e a Lei Complementar 141/2012.

Referidos textos normativos, já abordados neste estudo, versam sobre a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, as competências e os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde. Ainda, no caso da Lei Complementar 141/2012, estabeleceu os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas três esferas de governo.

Muito embora não tivesse o objetivo de causar uma superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões, o passar do tempo revelou que este modelo adotado encontra inegáveis óbices ante as particularidades do federalismo cooperativo brasileiro.

A gestão cooperativa da saúde, consoante o modelo federativo brasileiro, tem por fundamento a consecução das competências materiais expressas no art. 23 da Constituição Federal, em especial sem seu inciso II que estabelece o dever de cuidar da saúde e assistência pública, cujo fundamento de bem-estar e justiça sociais estão delineados no art. 198.

De fato, a Constituição reconheceu expressamente no art. 196 a saúde como um direito fundamental, mas, como típico direito social implementável, apenas, mediante políticas públicas, para tornar-se efetivo requer a ação regulatória do Estado na condição de nivelador dos distintos graus de poder de seus entes.

Clara, pois, a responsabilidade conjunta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios na prestação da saúde, o que significa, por outro lado, solidariedade entre os entes, fazendo com que o cidadão, a seu critério, possa demandar qualquer uma das entidades federativas.

Entretanto, salvo exceções definidas na Lei nº 8080/1990, normativamente inexistem exclusividade ou jurisdição própria de alguma esfera de governo sobre determinada área de atuação ou nível de atenção à saúde. O sistema constitucional e legal definiu a articulação entre União, estados e municípios, conformando um sistema com direção única em cada esfera de governo (art. 198, I, da CF/88). Nas palavras de José Angelo Machado e Pedro Lucas de Moura Palotti:

As especificidades da atuação de cada uma delas são, claramente, mais funcionais que jurisdicionais, cabendo à União a coordenação, a normatização e a definição de padrões nacionais para a ação governamental no setor da saúde. Aos estados foram reservadas funções de coordenação e normatização complementar na sua esfera, além de acompanhamento, avaliação e controle das redes regionalizadas do Sistema Único de Saúde (SUS), bem como apoio técnico e financeiro, enquanto aos municípios foram reservadas as de “planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde” (artigo 18, inciso I da Lei n. 8080/90) (MACHADO e PALOTTI, 2015, n.p.).

A normatização infraconstitucional conferiu ao Executivo federal acentuada autoridade para tomar as decisões mais importantes na formulação das políticas públicas de saúde. Este fato exponenciou a dependência cooperativa dos demais entes federativos para materialização dos direitos sociais à saúde, uma vez serem responsáveis diretos pela gestão das unidades e execução dos serviços.

Este modelo cooperativo, instituído em busca do bem-estar e justiça sociais preconizados no art. 198 da Constituição Federal, na essência merece ser preservado. Contudo,

na prática, nossa Lei Maior e a legislação infraconstitucional foram ineficientes para superar os óbices do federalismo centralizador que põe em risco todo o sistema, o que se acentuou com o advento da Lei Complementar 141/2012.

A disfunção orgânica do modelo cooperativo brasileiro fez com que o Estado não proveesse condições indispensáveis para a garantia efetiva do direito à saúde, ferindo a dignidade da pessoa humana ao não superar os óbices de sua estrutura de subsistemas para a resolução escalonada de seus conflitos. Logo, esta sistêmica disfunção distributiva de funções e competências gerou o desequilíbrio na autonomia dos entes federativos e por consequência a aflição dos dependentes do sistema e destinatário dos serviços.

Disto resulta o papel do Estado em corrigir esta falha do compromisso equilibrado entre as vantagens e as necessidades de uma ordem social global, característica estrutural do federalismo. Segundo Reinhold Zippelius, ordem esta que deve corresponder às necessidades de unidade normativa do direito, de uma conciliação de interesses suprarregionais e de uma regulação de conflitos suprarregionais. (ZIPPELIUS, 2017, p. 577).

Necessária é a harmonização do sistema cooperativo para a plena consecução das políticas públicas dos direitos sociais à saúde prometidas na Constituição Federal. Segundo Lidiane Nascimento Leão:

Como tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva dos meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados (LEÃO, 2017, p. 97).

O federalismo cooperativo brasileiro não permitiu esta conclamada unidade normativa de direito para conciliação ou regulação de conflitos entre os entes, o que acarreta a desarticulação das políticas públicas de saúde e a desfiguração regional de programas de Estado decorrentes do desequilíbrio social e econômico dos Estados-membros e em especial dos Municípios.

Cabe ao Estado subjugar a crise das instituições e não permanecer indiferente a este problema que aflige diariamente milhões de brasileiros, sem atentar para a necessária resolução da problemática da regionalização política e institucional de forma a dirimir as mazelas da inexistência da autonomia regional sob o ponto de vista jurídico. Cautelas são necessárias, as alterações no sistema são sensíveis, o que não se sustenta é a indiferença. Na percepção de Paulo Bonavides:

Se toda a centralização excessiva traz o bacilo do autoritarismo, também todo o regionalismo cultivado em formas extremas contém germes da rebeldia e da secessão. Se não fugirmos, pois, a essas extremidades radicais, nem o Estado unitário, nem o Estado federal serão possíveis – absorvidos pelas ditaduras, no primeiro caso, e dissolvidos pelos movimentos de cunho separatista, no segundo (BONAVIDES, 2010, p. 269).

O superdimensionamento do ente federal como delineado projeta a imposição de ônus desproporcionais aos demais entes federativos, o que atualmente faz com que o tão necessário SUS seja o principal fator de desequilíbrio administrativo e conflitos com a União. Caso não saneada esta estrutura e funcionamento do Estado Federal, à luz da ciência do direito e política, crescente serão o descontrole e a ineficiência no atendimento de serviços de saúde em descompasso com as garantias prometidas em nossa Constituição.

Ademais, a vastidão normativa característica da saúde decorrente do texto constitucional, objetivou regulamentar a prestação dos serviços de saúde e a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar estas mesmas tarefas. Contudo, mesmo ante essa vasta normatização, a plena consecução destes direitos fundamentais, na forma concebida no federalismo cooperativo brasileiro, concentra-se sobretudo na discricionariedade do ente Federal e retira dos demais partícipes a possibilidade de influir de forma equilibrada na implementação dos direitos sociais à saúde.

Esta discrepância impõe aos demais entes a concepção de reserva do possível da União, o que se potencializa ante as restrições de natureza orçamentária. Paulo Bonavides em 1985 já fazia este alerta para a Constituinte que se aproximava, destacando a centralização política característica do Brasil, o que no âmbito da saúde não foi completamente superada em 1.988:

Observa-se no Brasil, tanto pelo aspecto constitucional como pelo ângulo legislativo, um considerável atraso no tocante às formas autônomas de ação regional, que, retiradas de último do Estado-membro ou dos organismos instituídos com essa finalidade, deixaram de ser autônomas, para concentra-se unilateralmente na esfera da vontade central. Fez esta, dos entes locais, instrumentos meramente executivos de sua política intervencionista, da qual raro participam e cujas decisões nem sempre são as que mais se recomendam às conveniências regionais (BONAVIDES, 2010, p. 259).

A tão almejada regionalização e integração da rede assistencial, expressão maior do modelo cooperativo de gestão da saúde, sofre críticas e reflexões sobre a dinâmica das relações intergovernamentais estabelecidas desde a implantação da Norma Operacional de Assistência à Saúde 01/2002. Na explicação de José Angelo Machado:

Prevista no texto da Constituição de 1988 e da Lei 8.080/90, a regionalização havia sido praticamente abandonada nos anos de 1990, quando a descentralização da gestão no setor saúde foi marcada pela transferência vertical de responsabilidades e recursos do Ministério da Saúde para os municípios. Estes passaram, então, a gerir seus sistemas locais de forma autossuficiente, levando à fragmentação decisória e a disputas predatórias por recursos escassos, ao mesmo tempo em que era esvaziado o papel de coordenação e as competências técnicas acumuladas por anos na esfera estadual. Com a NOAS 01/2002, a regionalização foi retomada na esperança de oferecer meios para integrar sistemas municipais de saúde, agora sob a coordenação dos gestores estaduais, superando barreiras e diferenciais de acesso entre cidadãos de diferentes localidades, ou seja, a segmentação no exercício do direito à saúde de ordem geográfica (MACHADO, 2009, n.p.)

Entretanto, para os municípios e regiões de saúde, a integração dos serviços não atendeu apenas a requisitos de otimização da capacidade instalada expressos na NOAS 01/2002, uma vez que a oferta de procedimentos de alta complexidade restou comprometida ante as insuficiências estruturais e indisponibilidade de serviços país afora.

Assim, a pretendida regionalização deveria inverter essa lógica, de forma a integrar sistemas locais por meio de pactos que possibilitem o acesso da população dos municípios a prestadores de serviços de saúde. Para tanto, mister é a constituição regional de uma rede assistencial hierarquizada e referenciada que garanta o atendimento a todos os níveis de complexidade.

Contudo, a implementação da regionalização importou na potencialização do ente federal, que se por um lado conseguiu retirar das esferas locais o poder de decisão de cunho político ou eleitoral, passou a concentrar nas mãos da União o poder de estabelecer políticas de âmbito nacional, o que, na prática, limitou o poder de decisão e autonomia dos Estados e principalmente dos Municípios na gestão tripartite.

5.1 Estrutura das Esferas Jurídicas de Proteção à Saúde

A autonomia das entidades federativas pressupõe que haja uma repartição de competências para o exercício e para o adequado desenvolvimento de suas atividades administrativas e normativas. Esta distribuição constitucional de poderes é o ponto nuclear e central de toda a ideia por trás de um Estado Federal.

Nesse sentido, José Afonso da Silva assevera:

A nossa Constituição adota esse sistema complexo que busca realizar o equilíbrio federativo, por meio de uma repartição de competências que se fundamenta na técnica da enumeração dos poderes da União (arts. 21 e 22),

com poderes remanescentes para os Estados (art. 25, § 1º) e poderes definidos indicativamente para os Municípios (art. 30), mas combina, com essa reserva de campos específicos (nem sempre exclusivos, mas apenas privativos), possibilidades de delegação (art. 22, parágrafo único), áreas comuns em que se preveem atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23) e setores concorrentes entre União e Estados em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais ou normas gerais cabe à União, enquanto se defere aos Estados e até aos Municípios a competência suplementar (SILVA, 2016, p. 479).

A partir desse conjunto de técnicas de repartição de competências, o Constituinte Originário almejava o estabelecimento de um Federalismo de Cooperação, no qual os entes federais deveriam combinar esforços para fomentar certos interesses e para alcançar os objetivos atribuídos pela Constituição ao Estado como um todo (RAMOS e MIRANDA NETTO, 2017, p. 310). Para Gilberto Bercovici:

Na cooperação, nem a União nem qualquer ente federado pode atuar isoladamente, mas todos devem exercer sua competência conjuntamente com os demais. Na repartição de competências, a cooperação se revela nas chamadas competências comuns, consagradas no art. 23 da Constituição de 1988. Nas competências comuns, todos os entes da Federação devem colaborar para a execução das tarefas determinadas pela Constituição. E mais: não existindo supremacia de nenhuma das esferas na execução dessas tarefas, as responsabilidades também são comuns, não podendo nenhum dos entes da Federação se eximir de implementá-las, pois o custo político recai sobre todas as esferas de governo). A cooperação parte do pressuposto da estreita interdependência que existe em inúmeras matérias e programas de interesse comum, o que dificulta (quando não impede) a sua atribuição exclusiva ou preponderante a um determinado ente, diferenciando, em termos de repartição de competências, as competências comuns das competências concorrentes e exclusivas (BERCOVICI, 2002, p. 16-17).

Assim, o interesse comum viabiliza a existência de um mecanismo unitário de decisão, no qual participam todos os integrantes da Federação. Contudo, de forma mais acentuada no Brasil quando se trata de serviços de saúde, este modelo cooperativo opera-se em três momentos, diferentemente de outros países que se limitam a dois, dadas as peculiaridades do sistema federativo que contempla os Municípios.

O primeiro momento se dá em âmbito federal quando uniformiza a atuação de todos os poderes estatais competentes em determinada matéria. O segundo e o terceiro momentos, ocorrem em âmbito estadual e municipal, quando cada ente federado adapta a decisão tomada em conjunto às suas características e necessidades.

Na cooperação, em geral, a decisão é conjunta, mas a execução se realiza de maneira separada, embora possa haver, também, uma atuação conjunta, especialmente no tocante ao financiamento das políticas públicas.

A fonte da cooperação federal é a Constituição. Fora dos casos expressamente previstos no texto constitucional (obrigatórios ou facultativos), predomina o princípio da separação e independência no exercício das competências constitucionais. No caso brasileiro, as competências comuns do art. 23 da Constituição, após sua regulamentação pela Lei Complementar 141/2012, prevista no parágrafo único do mesmo artigo, tornaram-se obrigatórias para a União e todos os entes federados. Contudo, a esperada lei complementar não poderia retirar nenhum ente da titularidade das competências comuns, nem as restringir (BERCOVICI, 2002, p. 17-18).

No âmbito da saúde, seguindo-se o modelo de federalismo cooperativo, o Constituinte estabeleceu a descentralização, com direção única em cada esfera de governo, como uma das diretrizes a serem seguidas por essa rede regionalizada e hierarquizada de prestação de serviços públicos de saúde. Com isso, a divisão de tais serviços de saúde entre as três esferas da Federação tornou-se foco das principais discussões acerca da temática.

Entretanto, os problemas já constatados na Federação brasileira pré-1988 permaneceram. Embora avanços tenham sido alcançados, o grave quadro de desigualdades regionais gerou uma excessiva dependência por parte da maioria de Estados e Municípios dos recursos provenientes da União, o que desnatura os fundamentos de um Estado Federal de junção de entes autônomos e capazes de gerir as atividades a eles atribuídas.

Tais desigualdades perpetuam-se principalmente pela arrecadação tributária extremamente desigual no plano horizontal, ou seja, entre os Estados e entre os Municípios. Como forma de amenizar tal cenário, a Constituição prevê um sistema de transferências obrigatórias de parte das receitas arrecadadas pela União para Estados e Municípios e de parte das arrecadadas pelos Estados para os seus respectivos Municípios. Para Marta Arretche:

Estados e municípios, por sua vez, contam com recursos garantidos, independentemente tanto de lealdade política ou adesão a políticas federais quanto de seu esforço tributário. Sistemas tributários e fiscais caracterizados por elevado nível de dependência de transferências fiscais e ausência de vínculo entre quem taxa e quem gasta tendem a produzir baixo compromisso com o equilíbrio fiscal por parte dos governos subnacionais, tendência esta que no caso brasileiro foi limitada pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Além disso, a autoridade do governo federal para induzir as decisões dos governos locais, no sentido de que estas venham a coincidir com as suas próprias

prioridades, permanece limitada, uma vez que estes detêm autonomia fiscal e política, tendo, portanto, condições institucionais para não aderir às políticas federais (ARRETCHE, 2004, p. 19).

De fato, as transferências fiscais têm limitado efeito equalizador sobre as diferenças interestaduais e intermunicipais de capacidade de despesas em saúde, o que os impõe à ação do governo federal para viabilizar patamares básicos de produção de tais serviços sociais. Entretanto, embora não constitua objetivo específico deste estudo, há que se abordar a temática da discussão do pacto federativo brasileiro na matéria das competências tributárias, ante os inegáveis impactos na promoção e efetivação dos direitos sociais à saúde.

O Federalismo financeiro nacional é fundado na ideia de que as competências tributárias conferem aos entes estatais receita suficiente para a manutenção dos serviços e finalidades públicas que lhes são atribuídos pela Constituição Federal. Para tanto, cada ente federado pode criar os tributos que lhe foram destinados pelo texto constitucional, arrecadá-los e administrá-los.

O excedente financeiro deve ser redistribuído para os entes estatais dotados de menor extensão territorial, ou seja, da União para Estados e Municípios, e daqueles para estes, na forma dos artigos 157 e seguintes da Constituição Federal.

Contudo, os desajustes deste modelo brasileiro de repartição de receitas tributárias suscitam intenso debate público sobre o papel da União e os deveres e encargos distribuídos consoante o texto constitucional e a legislação infraconstitucional. O debate reside justamente na concentração de receitas e a insuficiência de recursos financeiros para os demais entes, em especial os Municípios custearem os serviços e a estratégia de desenvolvimento social e econômico. Nas palavras de Misabel Abreu Machado Derzi:

Como já ressaltamos, o conceito de Federalismo resulta de uma análise global da ordem jurídica. Nesse aspecto, os pontos de equilíbrio, em nosso País, têm sido profundamente alterados por emendas e leis infraconstitucionais, de tal sorte que Estados e Municípios têm sido forçados, em decorrência da atual situação financeira ruínosa em que se encontram, ou a aderir a uma política federal de projetos e propostas ou a custear os apertos de caixa do Tesouro nacional (DERZI, 2018, p. 133).

Esse sistema possibilita, na distribuição intergovernamental de funções, à União o financiamento e formulação da política nacional de saúde, bem como da coordenação das ações intergovernamentais. Assim, o governo federal, por seu Ministério da Saúde, tem autoridade para tomar as decisões mais importantes nesta política setorial. Neste caso, as políticas

implementadas pelos governos locais são fortemente dependentes das transferências federais e das regras definidas pelo Ministério da Saúde. Em outras palavras, o governo federal dispõe de recursos institucionais para influenciar as escolhas dos governos locais, afetando sua agenda de governo (ARRETCHE, 2004, p. 22).

Ao tentar sanar as desigualdades existentes, esse sistema acaba por criar outras, uma vez que Estados e Municípios contam com recursos garantidos, independentemente de lealdade política, de adesão e de comprometimento com políticas federais e de esforço tributário próprio. Isso tudo impede o alcance de uma cooperação federativa almejada entre os membros da Federação.

Os atos editados pelo Ministério da Saúde constituem o principal instrumento de coordenação das ações nacionais em saúde que, em grande medida, condiciona as transferências federais à adesão de Estados e municípios aos objetivos da política federal. Nestas condições, exponencia-se a capacidade federal de coordenar as ações dos governos estaduais e municipais.

Esta estrutura institucional explica o porquê, ao longo dos anos 90, o Ministério da Saúde conquistou a adesão dos governos estaduais e municipais ao SUS. Em maio de 2002, 5.537 dos 5.560 municípios brasileiros – 99,6% do total – haviam assumido a gestão parcial ou integral dos serviços de saúde.

Em 2000, os municípios brasileiros foram responsáveis, em média, por 89% do total da produção ambulatorial no Brasil, com um desvio padrão de 19% (consideradas todas as categorias de provedores), e por 84% da rede ambulatorial, média esta acompanhada de desvio padrão decrescente. Isto é, a rede e a produção de serviços ambulatoriais se tornaram basicamente municipais, o que não era absolutamente a realidade da distribuição destes serviços no início dos anos 90 (ARRETCHE, 2004, p. 22-23).

Contudo, embora o ônus recaia sobre o ente mais frágil, não se pode deixar de reconhecer que, apesar da insuficiência de recursos do SUS e muitas outras dificuldades, em 30 anos, inegáveis foram os avanços na atenção médica, ambulatorial e hospitalar com a implantação de sistema de acesso universal. Para Lenir Santos:

Por isso é preciso defender o SUS da falta de financiamento adequado, banindo o dilema da saúde fiscal x saúde das pessoas, encruzilhada que mais parece uma armadilha econômica de desrespeito aos direitos constitucionais. A sociedade precisa ter pisos sociais como estruturas para sua segurança psicológica e física; sem a garantia de políticas públicas sociais, a insegurança irá afligir as pessoas mais pobres, ensejando a construção de muros pela camada social mais privilegiada para se proteger das inseguranças que as desigualdades criam. O SUS, que atende diretamente 150 milhões de pessoas e indiretamente 207 milhões, é um conjunto de ações e serviços do qual a

sociedade não pode abdicar porque fora dele só há saúde paga, vendida no mercado como mercadoria para os poucos que podem pagar, isso sem falar nas inúmeras ações de cunho preventivo e de promoção da saúde. Sem SUS, é barbárie sanitária (SANTOS, 2018, n.p.).

Embora resultados positivos tenham sido experimentados, são explicados pela capacidade do Ministério da Saúde impor e induzir decisões aos governos municipais e estaduais, interferindo na autonomia do outro ente federativo. Esta postura desequilibra a institucionalização de espaços de negociação que, *a priori*, poderia suprimir do Ministério da Saúde a possibilidade de estabelecer unilateralmente as regras de funcionamento do SUS.

5.2 A Descentralização das Políticas Públicas da Saúde

O pacto federativo de 1988, além de afirmar a autonomia política dos Estados-membros, de enumerar alguns de seus bens e suas competências privativas e de sugerir uma forma para a organização de seus serviços públicos, repetiu a fórmula tradicional de lhes reservar os poderes remanescentes ou residuais (CF, arts. 25, 26 e 18, § 4º).

Um exame mais agudo revela que as matérias assim caracterizadas se resumem a competências administrativas e financeiras (DALLARI e NUNES JÚNIOR, 2010, p. 106-107).

Sob esse viés, atento ao modelo de Federalismo Cooperativo e da garantia do direito à saúde através do SUS, o Constituinte de 1987/1988 estabeleceu a descentralização, com direção única em cada esfera de governo, como uma das diretrizes a serem seguidas por essa rede regionalizada e hierarquizada de prestação de serviços públicos de saúde. Com isso, a divisão de tais serviços de saúde entre as três esferas da Federação tornou-se foco das principais discussões acerca da temática.

Como já abordado neste estudo, no que concerne ao direito sanitário, a Constituição Federal objetivou a distribuição de competências entre União, Estados, DF e Municípios, tanto que a Assembleia Constituinte de 87/88 estabeleceu a competência legislativa concorrente para proteção do meio ambiente, combate à poluição (dois fatores cruciais para a saúde pública) e para previdência social, proteção e defesa da saúde no art. 24, VI e XII da Constituição (RAMOS e MIRANDA NETTO, 2017, p. 317).

A autonomia política e fiscal dos governos estaduais e municipais permitiria assim, em tese, que estes adotassem uma agenda própria, independente da agenda do Executivo federal. Saliente-se que as relações verticais na federação brasileira, do governo federal com Estados e municípios e dos governos estaduais com seus respectivos municípios, são

caracterizadas pela independência, pois Estados e municípios são entes federativos autônomos. Em tese, as garantias constitucionais do Estado federativo permitem que os governos locais estabeleçam sua própria agenda na área social.

Contudo, a tese usual da descentralização de receitas, mas não de encargos, não se sustentou. Se por um lado o processo ordenado de descentralização de políticas sociais exigiu políticas definidas nacionalmente, não houve a cooperação isonômica e autônoma de todas as esferas governamentais.

Revela-se, assim, um aparente paradoxo no processo de descentralização de políticas sociais no Brasil, ou seja, o sucesso da descentralização está ligado ao fortalecimento das capacidades institucionais e administrativas do Governo Federal, que é o nível de governo que dirige e coordena a implementação das políticas descentralizadas pelos entes federados (BERCOVICI, 2002, p. 22-23).

Evidente que a elaboração de políticas deliberadas de descentralização, em âmbito nacional, é essencial no Brasil, onde a transferência das políticas sociais não é um processo espontâneo. Contudo, enquanto Estado Federal, necessária é a observância da autonomia dos entes federados, que não são obrigados a aderir a nenhuma política federal de descentralização de políticas sociais, salvo determinação constitucional.

Entretanto, no caso específico da saúde, a proposta descentralizadora do texto constitucional tem gerado um efeito contrário, ou seja, centralizador. Na prática, a descentralização vem sendo implantada com um volume crescente de recursos dos Municípios com baixa definição normativa com força para impor as competências da União e dos Estados, que impõe limites à autonomia dos municípios na definição de suas políticas de saúde.

A descentralização, na forma estruturada no ordenamento jurídico brasileiro, padece de um padrão claro de articulação entre os entes federativos, ante as incoerentes pactuações diretas, fundo a fundo, entre União e Municípios, quando os Estados se apresentam como meros partícipes do processo tripartite.

Certo é que a descentralização no modelo federativo brasileiro se constitui em objetivo viável e almejado, mediante o desenvolvimento de políticas sociais de âmbito nacional a serem implementadas de modo coordenado e com a adesão dos demais entes federados.

Porém, a política deliberada do Governo Federal vem sendo a inclusão de dispositivos na Constituição para obrigar os entes federados a assumir certas políticas sociais, sem qualquer contrapartida federal e vinculando receitas, o que não é diferente nos serviços públicos de saúde, a exemplo da Emenda Constitucional nº 51 de 14 de fevereiro de 2006 que regulamentou as atividades de agentes comunitários e agentes de combates às endemias.

No Brasil, a decisão de descentralizar está, irremediavelmente, ligada à questão histórica das desigualdades regionais, que nunca foram encaradas como prioridade nacional máxima, o que, para Gilberto Bercovici:

Sem uma real preocupação com as desigualdades regionais, os efeitos da própria descentralização se tornam limitados. E na questão das disparidades regionais, o papel da União é fundamental: os entes federados não podem suprir o planejamento e decisões que exigem visões suprarregionais, nem têm como obter, isoladamente, grandes recursos. Os efeitos da repartição de rendas e encargos foram diferentes nas várias regiões, dado totalmente ignorado pelo Governo Federal, que não pode ser subsidiário (como querem alguns), patrocinando o desmonte de políticas públicas. É a problemática das desigualdades regionais que deve determinar os limites da descentralização no Brasil, questão esta que, no processo descoordenado de descentralização que vem ocorrendo no Brasil, foi deixada de lado (BERCOVICI, 2002, p. 24).

Ainda, para citado autor, há dentro das correntes que combatem o Estado Social alguns autores que consideram a repartição de competências prevista na Constituição de 1988, especialmente nos artigos 23 e 24, "irracional", uma vez que a repartição deveria ser clara, com a eliminação das competências concorrentes por alargarem a "margem de irracionalidade", motivo pelo qual as competências deveriam ser descentralizadas para Estados e municípios (BERCOVICI, 2002, p. 24).

Com efeito, a falta de uma política nacional coordenada e a não repartição de competências concorrentes e comuns é que faz com que determinados programas e políticas públicas sejam realizados por mais de uma esfera governamental e outros por nenhuma, o que revela falha na coordenação e cooperação que não foi suficientemente dirimida com o advento da Lei Complementar nº 141/2012 ou pelo Decreto nº 7.508/2011.

Na verdade, Lei Complementar nº 141/2012 representou uma decepção para aqueles que desejavam um aumento da participação da União no financiamento da saúde, posto que manteve a fórmula de cálculo prevista na Emenda Constitucional nº 29, ou seja, montante empenhado no ano anterior reajustado pela variação do PIB nominal naquele ano.

O resultado destes desajustes infraconstitucionais resulta no já delineado superdimensionamento do ente federal, fator que rompe com a proposta de descentralização propugnada na Constituição Federal de 1988 e gera o inevitável efeito de centralização. No magistério de Lair Santos:

Ao lado da necessidade de se equalizar as políticas para a manutenção sistêmica dos serviços de saúde, o centralismo regulatório infralegal extrapolou esse papel, levando a União, no âmbito do Ministério da Saúde, a

editar, desde os anos 1990, mais de 700 portarias normativas, definindo, em minúcias, a aplicação dos recursos das transferências, traçando as políticas de saúde, próprias do Legislativo em sua dimensão estrutural. Por oportuno, lembro que em 2016-2017 foi elaborado em um trabalho pelo Ministério da Saúde, em parceria com a Fiocruz, que analisou cerca de 17 mil portarias [normativas e não normativas], tendo discriminado por volta de 700 portarias do Gabinete do Ministro de caráter normativo, afora as dos gabinetes dos Secretários que não foram objeto do estudo. Essas portarias normativas foram consolidadas em 6 de consolidação, as quais contêm mais de 10 mil artigos, por uma equipe de pesquisadores no projeto denominado SUSLEGIS. Os conteúdos são os mesmos por se tratar de uma consolidação (SANTOS, 2018, n.p.).

A vastidão normativa ministerial acima apontada, ainda que haja pactuação tripartite, revela que o Governo Federal atua de forma a exercer seu poder e impor consensos pela cooptação política. Este contexto é acentuado a partir dos anos 1990, quando os municípios foram conduzidos para a chamada “municipalização da saúde”, com a assunção de responsabilidades antes atribuídas aos Estados e à União, sem a devida parcela de autonomia administrativo-financeira. Lair Santos, ao analisar esta problemática afirma:

Isso deveria ter dado à União um novo papel na relação interfederativa do SUS, a quem caberia regular nacionalmente o sistema para manter a sua unidade nacional, atuando como fiel da balança na diminuição das desigualdades regionais, equalizando as diferenças federativas; avaliando e fiscalizando; fomentando estruturas informatizadas que permitissem unificar dados de saúde, bem como as vigilâncias em saúde, atuando como regulador das assimetrias federativas para diminuí-las, sem olvidar seu papel junto a Ministérios afins no sentido de se concretizar a intersetorialidade, crucial para evitar agravos à saúde. As negociações diretas entre o Ministério da Saúde e os municípios, a partir dos anos 1990, excluindo os estados, os construtores da saúde regional ao lado de seus municípios, causou fissuras nas relações tripartites, que se firmaram com a mitigação do papel do Estado, inclusive a regulatória, que se deu em profusão no âmbito federal que agia como se as assimetrias municipais pudessem ser supridas por portarias definindo de *modo igual*, do Oiapoque ao Chuí, a organização de serviços, como se a métrica regulatória fosse capaz de abolir a desigualdade federativa. Não há região de saúde sem o protagonismo do Estado-membro e por isso a região de saúde até hoje não é uma realidade concreta. A região de saúde continua sendo um objetivo não alcançado, em que pesem as 438 regiões em todo o país (SANTOS, 2018, n.p.).

De fato, a crise fiscal e endividamento dos Estados, a municipalização da saúde, a "descentralização" unilateral de políticas sociais pela União e a reconcentração das receitas tributárias na esfera federal, acarretaram grave crise ao chamado federalismo sanitário cooperativo, o que somado à falta de planejamento, coordenação e cooperação entre os entes

federados e a União culmina na falta de efetividade da própria Constituição e do federalismo cooperativo nela previsto.

5.3 Paradoxos do Sistema Cooperativo Brasileiro

Toda a construção normativa voltada à efetivação do direito social à saúde pelo Estado brasileiro, que aparentemente, pelo menos no plano abstrato, viabilizaria a concretização das promessas constitucionais, não foi capaz de vencer o superdimensionamento do ente federal.

Também, não foi capaz de vencer a sistêmica dependência financeira dos demais entes com relação àquele, quer pela centralização das vontades políticas do Governo Federal, quer em decorrência do sistema de repartição de receitas e financiamento dos serviços.

Essa constatação revela que todo o arcabouço normativo editado pós Constituição Federal de 1.988, na prática viu seus princípios e regras serem contrariados, em especial no que tange à pretendida descentralização, que compromete o equilíbrio no planejamento de cooperação e de coordenação entre os entes federados, o que conduz a um verdadeiro retrocesso decorrente da centralização de receitas na esfera federal e da imposição de programas e políticas aos demais membros.

Explicita-se, assim, o paradoxo do sistema cooperativo para a implementação dos direitos fundamentais sociais à saúde e um entrave ao estabelecimento de um real Federalismo Sanitário Cooperativo no Brasil, ante as graves desigualdades existentes entre os entes federados e a excessiva dependência em relação aos recursos transferidos pela União. Nas palavras de Gilberto Bercovici:

Nos regimes federais, tradicionalmente, compete à União buscar a redução das desigualdades regionais. No Brasil, a forte presença estatal na economia contribuiu para que o Governo Federal ocupasse um papel de fundamental importância nas políticas de desenvolvimento regional. Desta maneira, os fundos públicos (receitas tributárias, gastos da União e das estatais federais, incentivos fiscais e empréstimos públicos) são fundamentais nas relações federativas, especialmente em países com enormes disparidades regionais como o nosso. A estruturação federal pressupõe transferência considerável de recursos públicos entre as regiões, fundamentada no princípio da solidariedade (BERCOVICI, 2002, p. 14).

Dentre essas complexas relações de interdependência entre a União e os entes federados, no federalismo cooperativo, devemos distinguir a coordenação da cooperação propriamente dita. A coordenação é, na realidade, um modo de atribuição e exercício conjunto

de competências no qual os vários integrantes da Federação possuem certo grau de participação. A vontade das partes é livre e igual, com a manutenção integral de suas competências: *os entes federados sempre podem atuar de maneira isolada ou autônoma*. Para Bercovici:

A coordenação é um procedimento que busca um resultado comum e do interesse de todos. A decisão comum, tomada em escala federal, é adaptada e executada autonomamente por ente federado, adaptando-a às suas peculiaridades e necessidades. A materialização da coordenação na repartição de poderes são as competências concorrentes. A União e os entes federados concorrem em uma mesma função, mas com âmbito e intensidade distintos. Cada parte decide, dentro de sua esfera de poder, de maneira separada e independente, com a ressalva da prevalência do direito federal. Esse tipo de repartição é o previsto pelo art. 24 da Constituição de 1988 (BERCOVICI, 2002, p. 14-15).

O paradoxo do modelo cooperativo brasileiro para efetivação dos direitos fundamentais à saúde é, ainda, potencializado pelas recorrentes crises fiscais dos Estados e Municípios, bem como, nos últimos anos, da própria União, o que gera o abandono das agendas da saúde.

Assim, os Estados não conseguem cumprir o papel estratégico e essencial de coordenar as políticas regionais em nome de maior equalização, e os governos municipais não dispõem de capacidades fiscais, de governo e de recursos de atenção à saúde capazes.

Certo é que a descentralização fiscal da Constituição Federal de 1988 trouxe maior autonomia fiscal e maior participação na receita nacionalmente arrecadada. Contudo, a partir da década de 1990, os Estados e Municípios viram sua capacidade fiscal ser deteriorada, enquanto a da União foi largamente ampliada. Segundo Monteiro Neto:

Para os governos estaduais, o processo de ajustamento levado a efeito pela política macroeconômica dos anos 1990 resultou em estreitamento de suas capacidades de orientar e coordenar o desenvolvimento em seus territórios. Para conduzir a renegociação das então elevadas dívidas dos estados, o governo federal impôs um forte ajustamento econômico-financeiro, o qual incluía a venda de ativos produtivos (bancos estaduais e empresas estatais) e a contenção de gastos públicos em custeio – com forte repressão do gasto com pessoal – e em investimento. Em outra perspectiva, o governo federal impôs aos governos estaduais um doloroso processo de limitação de suas atividades, arbitrando, de modo unilateral, o tamanho adequado que caberia doravante aos governos estaduais no federalismo brasileiro. A aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) em 2000 tornou-se o coroamento do processo de ajustamento (MONTEIRO NETO, 2014, p. 24).

O impacto das crises e a renegociação das dívidas estaduais iniciaram um processo de perda do poder federativo dos governos estaduais. Na prática, estas desigualdades limitam

definitivamente a possibilidade de que se estabeleçam constitucionalmente competências exclusivas entre os níveis de governo para as ações sociais.

Limitaram também a possibilidade de arranjos federativos em que, ao conferir autonomia aos governos locais, deixassem basicamente aos eleitores a tarefa de elevar o gasto social dos governos locais (ARRETCHE, 2004, p. 19).

Os desacertos decorrentes do protagonismo dos governos estaduais, contribuíram para a desconfiguração do modelo federalista fiscal idealizado em 1988, constituindo-se em um dos cerne do conflito federativo vigente com consequências no modelo cooperativo de gestão da saúde. Conforme destaca José Raimundo de Oliveira Vergolino:

O êxito do federalismo depende da combinação entre a autonomia (autodeterminação dos entes federados) e a cooperação (resolver conflitos cotidianos de natureza vertical e horizontal). Porém, a avaliação realizada por ele do caso brasileiro sobre a autonomia fiscal vigente nos estados mostrou um forte predomínio das regiões Sudeste e Sul sobre as regiões Norte e Nordeste, e um mosaico no Centro-Oeste, porém, inferior ao observado para as regiões de melhor desempenho. Esse quadro contribuiu para reforçar as desigualdades regionais que tradicionalmente marcam o País (VERGOLINO, 2014, p. 66).

Também, no plano operacional, o federalismo cooperativo na saúde convive com suas contrariedades principiológicas. Como estudado no Capítulo 4, foram criados os instrumentos legislativos adequados para a efetivação do Sistema Único de Saúde, dando curso às diretrizes constitucionais que primaram por definir a assistência à saúde como de responsabilidade solidária de todos os entes federativos e consagrar o princípio do acesso universal e igualitário.

Contudo, é o Governo Federal, pelo Ministério da Saúde, quem determina as políticas públicas de saúde em nível nacional e impõe suas diretrizes sob pena de não credenciamento e financiamento dos serviços consoante programas por ele traçados. Exemplos recentes como: Programa Mais Médicos, Programa Farmácia Popular, Estratégia Saúde da Família, Serviço de Atendimento ao Idoso – SAD, Centros de Atenção Psicossocial – CAPS, Centros de Atenção Psicossocial Álcool e Droga – CAPSad, Programa de Residências Terapêuticas, Rede Cegonha, SAMU – Serviço de Atendimento Móvel de Urgência, UPAs – Unidades de Pronto Atendimento, entre outros.

Tais programas exemplificados, entre tantos outros serviços e programas na área de saúde, ou são implementados nos termos estabelecidos pela legislação e regulamentação

federal, ou simplesmente os Municípios não os têm. Por consequência, também os recursos a eles apostados não são destinados aos Municípios.

Revela-se, basicamente, um sistema de vetos entre os entes federativos, em que os partícipes em nível federal delimitam a vontade e autonomia dos demais entes, postura esta geradora de intensas desigualdades regionais e locais e de barreiras de acesso intermunicipais e interestaduais, com a consequente paralisia política da agenda de regionalização.

Desta forma, para que haja de fato o conclamado cooperativismo estatal, mister é a recuperação da capacidade regulatória federativa isonômica do sistema público de saúde. Na perspectiva atual, estas funções regulatórias são realizadas de modo assistemático, num quadro de judicialização e, de modo sistemático, pelos diversos órgãos de controle da administração federal.

Os colegiados de gestão compartilhada (Comissão Intergestores Tripartite, Conselho Nacional de Saúde, Comissão Intergestores Bipartite, Comissão de Intergestores Regional e os diversos conselhos) não exercem funções coercitivas em termos de responsabilização por pactos firmados e têm baixa capacidade de indução por meio de incentivos financeiros, o que limita até mesmo a participação popular preconizada na Constituição Federal. Na prática, muitas vezes, a cooperação transmutou-se em competição, o que é assim justificado por Lair Santos:

Desde a instituição do SUS, ao invés de se unirem os municípios nas regiões de saúde, muitas vezes, parte dos 5.570 municípios, dos quais 73% tem menos de 20 mil habitantes, se debateram na arena pública, na luta pela sobrevivência financeira face às suas responsabilidades, sem vislumbre de crescimento econômico emancipatório, sujeitando-os ao poder político federal e estadual (o mesmo se diga de determinados estados). Dados recentes do Tesouro Nacional demonstram o alarmante nível de dependência dos municípios em relação às receitas orçamentárias de transferências federativas; 81,98% dependem das mesmas, com 1,81% independentes (SANTOS, 2018, n.p.).

Esse cenário impõe uma reorganização e o funcionamento do Sistema Único de Saúde, mediante o cumprimento do comando constitucional, com o desenvolvimento cooperativo de políticas públicas estruturadas por lei. O rearranjo, portanto, no que tange aos serviços de saúde e seu financiamento, deve ser estruturado no plano infraconstitucional, com vistas a garantir o planejamento satisfatório e implantação cooperativa, tripartite, a fim de eliminar as desigualdades regionais e garantir a autonomia dos entes federativos.

Ressalte-se que o almejado ajuste cooperativo, obviamente, não implica repulsa a uma institucionalização hierarquizada, mas que, dentro do sistema tripartite e com a participação dos

demais entes de representação organizacional e popular, sob as diretrizes do Ministério da Saúde, seja alcançado o necessário equilíbrio de forma a neutralizar o atual sistema impositivo federal.

5.4 Ajustes no Federalismo Sanitário Cooperativo

O tema do financiamento dos serviços públicos de saúde, como já abordado neste estudo, constitui um dos principais problemas enfrentados pelo Sistema Único de Saúde (SUS). A crescente demanda, os vazios assistenciais, os problemas decorrentes da regionalização e principalmente o subfinanciamento comprometem a qualidade e o acesso à saúde da população. Na percepção de Lair Santos:

A tridimensionalidade federativa tem deixado a desejar pelo baixo desenvolvimento socioeconômico dos entes, que apartados não conseguem lograr efeito na garantia de serviços públicos que estão a seu encargo; que sofrem dificuldades por não casarem encargos com recursos financeiros e desenvolvimento compatível com a autonomia constitucional do ente municipal. E a saúde nesse cenário terá suas dificuldades acentuadas em relação às crescentes obrigações não acompanhadas dos recursos financeiros necessários, ainda mais em tempos de EC 95, de 2016, contudo, não podemos deixar de entender como admirável o esforço dos municípios na assunção de seu papel de prover políticas de saúde, ainda mais quando se sabe que a descentralização federativa não foi acompanhada das inúmeras tarefas nacionais intersetoriais para o seu melhor desenvolvimento. Os municípios têm sido o esteio do SUS para a população (SANTOS, 2018, n.p.).

Ante este cenário, mesmo com a produtora atividade legiferante, que tem como diplomas de regência a Lei 8.080/1990, a Lei Complementar nº 141/2012 e as Emendas Constitucionais nº 29/2000, nº 42/2003, nº 51/2006, nº 63/2010 e a nº 86/2015, a regulação e alocação dos recursos mínimos das três esferas governamentais e Distrito Federal, na prática são deficitários nos processos orçamentários, transferências e controle de recursos entre as esferas de governo. Principalmente nos pontos de onde e de que maneira devem-se aplicar esses recursos, melhorando a operação dos serviços em saúde.

As legislações editadas, por sua vez, focaram abstratamente no financiamento das operações financeiras e orçamentárias, não se preocupando com a efetividade e a qualidade das ações de saúde nas unidades federativas e seus respectivos municípios.

Esta concepção impõe aos gestores locais a adoção de processos de assistência para suprir as falhas decorrentes da descentralização, que, de forma crescente, tem onerado, desproporcionalmente, o ente federativo mais frágil desta composição, ou seja, os Municípios.

Ressalte-se a dificuldade na elaboração de um plano de governo conjunto entre União, Estados e Municípios, uma vez que os objetivos do setor de saúde pública nas três esferas de governo são fragmentados e pouco compartilhados entre elas, sendo que as ingerências impositivas da União acentuam este cenário.

A situação se agrava ante a influência político-partidária do país, em que as eleições municipais não coincidem com as estaduais e federais, dificultando o planejamento integrado, e também pelo próprio princípio da descentralização que rege o Sistema Único de Saúde.

A argumentada vastidão normativa, a escassez financeira, a má gestão de recursos, as ingerências políticas e a falta de políticas concretas de estruturação federativa cooperativa pressionam os entes federados na busca de instrumentos de gestão mais eficientes com a finalidade de atender cada vez melhor a sociedade e gerar resultados positivos.

Nesse contexto, as políticas públicas como fator de solução estrutural de concretização do direito humano à saúde no Brasil, para seu adequado desenvolvimento, exigem ajustes à luz no modelo cooperativo, para que a constante e devida intervenção jurisdicional para a garantia destes direitos sociais não se perpetue em no ordenamento jurídico pátrio.

Na correta percepção de Milton de Augusto Brito Nobre sobre o tema:

Por outro lado, no que se refere ao segundo ponto, relativo à cogitação de que o Judiciário estaria avançando além dos limites da sua competência constitucional e contribuindo para o crescimento explosivo do número desses processos, penso que a observação constante da realidade, atitude metodológica essencial em qualquer ramo científico, demonstra exatamente o contrário, isto é, que essas demandas terminam sendo, na maioria dos casos, os únicos e, por mais paradoxal que possa parecer, derradeiros remédios eficazes e atualmente disponíveis pela sociedade para enfrentar certas disfunções ou insuficiências, tanto do SUS quanto do Sistema de Saúde Suplementar, as quais decorrem da falta de regras mais claras a respeito dos direitos e deveres de cada qual dos atores dos sistemas, bem como sobre as suas responsabilidades e limitações, tudo certamente seguido de pleno respeito e efetivo cumprimento de tais regras (NOBRE, 2013, p. 385).

Necessários são os ajustes na descentralização federativa, aperfeiçoando-os com o exercício da função política de busca de um caminho jurídico-constitucional que possibilite à luz das técnicas legislativas a resolução dos problemas de planejamento do Estado. No pensamento de Miguel Reale:

Muito embora alguns pretendam reduzi-la à Sociologia Política, pensamos que, não obstante suas naturais vinculações com os estudos sociológicos, a

Política do Direito tenderá cada vez mais a revelar-se como o estudo global da *monogênese jurídica*, isto é, das valorações e estruturas sociais que condicionam o aparecimento de uma norma jurídica, como obra de síntese superadora de possíveis antagonismos físcicos e valorativos (REALE, 2009, p. 327).

Obviamente, no entendimento de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano, a rigidez constitucional impõe limites e “se a mera elaboração legislativa da ordem central fosse capaz de modificar as competências ou de retirar a autonomia das ordens federativas, não se poderia falar, com propriedade, em Federação, pois o pacto a ela subjacente estaria de tal modo fragilizado que, a qualquer momento, poderia ser violado por vontade da ordem central” (ARAÚJO e SERRANO, 2005, p. 265).

Necessário é o aperfeiçoamento do modelo cooperativo, com imediata atuação legislativa constitucional, no plano da repartição das receitas tributárias, e no plano infraconstitucional para implementação cooperada das políticas públicas de saúde.

Este entendimento decorre da inequívoca premissa de que a Constituição estabelece as políticas públicas que são indispensáveis para a concretização do direito humano fundamental à saúde, o que nas palavras de Lidiane Nascimento Leão, “permite a definição dos princípios ou objetivos informadores dos processos de formulação, implementação e análise jurídica de políticas públicas de saúde”. (2017, p. 70).

Nesse sentido, é o pensamento de Luis Roberto Barroso:

Normas jurídicas não são reveladas, mas, sim, criadas por decisões e escolhas políticas, tendo em vista determinadas circunstâncias e visando determinados fins. E, por terem caráter prospectivo, precisam ser interpretadas no futuro, tendo em conta fatos e casos concretos. Como consequência, tanto a criação quanto a aplicação do Direito dependem da atuação de um sujeito, seja o legislador ou o intérprete (BARROSO, 2017, p. 457).

O desajuste do modelo cooperativista federal brasileiro obstaculiza a plena fruição destes direitos. Para tanto, mister é a ruptura da inércia legislativa e política para os devidos ajustes no sistema tributário e orçamentário, bem como na repartição de receitas, principais fatores de desequilíbrio cooperativo decorrente da centralização federativa.

De igual forma, o entrave ao estabelecimento de um efetivo federalismo sanitário cooperativo no Brasil está na grave desigualdade existente entre os entes federados e a excessiva dependência em relação aos recursos transferidos pela União.

Essa busca, na área da saúde, de estabelecimento de uma descentralização e de uma regionalização na prestação de serviços públicos, resta obstada aos demais entes federados por não encontrarem as condições financeiras e materiais para acompanhar tais modificações.

Com efeito, o aperfeiçoamento do sistema federativo tem justificação tanto moral quanto jurídico-normativo dos direitos fundamentais aptas à efetivação das mudanças necessárias.

Seu fundamento primordial estabelece-se na dignidade da pessoa humana, condição de existência e valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, mesmo quando não expressamente previstas nas suas constituições.

Ressalte-se que não se trata da perspectiva de que o federalismo cooperativo brasileiro viva um conflito insuperável de forma a não garantir os direitos sociais da saúde. Mas, para que a função política do direito possa ser exercida e corrigir estas distorções necessita da atuação legislativa, constitucional e infraconstitucional, para a viabilidade do mínimo vital e concretização das políticas públicas em prol da sociedade na efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Necessário o enfrentamento do grande problema decorrente da falta de coordenação e cooperação entre os entes federados, que culminou no caos hoje existente e desrespeitou o objetivo constitucional de reduzir as desigualdades sociais e regionais. Já em 2002, Gilberto Bercovici alertava para o referido problema que se arrasta até os dias atuais:

A tese usual da descentralização de receitas, mas não de encargos, não se sustenta. O problema foi a falta de coordenação e cooperação entre a União e os entes federados, que gerou o caos hoje reinante. O debate não deve ser entre descentralização e centralização, mas qual descentralização e para que (e para quem) descentralizar. A descentralização das políticas públicas deve ser realizada de forma gradual, apoiada em programas de assistência técnica e financeira, com o objetivo de evitar rupturas e prejuízos para a população (BERCOVICI, 2002, p. 22).

Evidencia-se que descentralização deve ser implementada de modo articulado, não conflitivo, como vem ocorrendo na Federação brasileira. O desequilíbrio atualmente existente deve ser solucionado através de uma política planejada de cooperação e de coordenação entre os entes federados, tendo por objetivos o desenvolvimento e a promoção da igualdade nas condições de vida, não podendo consistir em um desmonte puro e simples ou em um retrocesso da “recentralização” de receitas na esfera federal (BERCOVICI, 2002, p. 22).

Uma articulação que supere o cenário conflitivo que se apresenta hoje deve ser buscada. Porém, não se pode perder de vista o equilíbrio a ser alcançado entre uma intensa

centralização de poderes nas mãos da União e um ambiente de excessiva descentralização que pode culminar em conflitos federativos e desigualdades na prestação dos serviços.

Marta Arretche trabalha esse dilema acerca da autoridade central em um Estado Federal dentro das peculiares características da Federação brasileira, onde, a título de exemplo, presencia-se um excessivo comportamento de cunho partidário daqueles congressistas que deveriam representar os interesses dos Estados-membros no Congresso Nacional – no caso, os Senadores. Para citada autora:

Um dos grandes dilemas dos Estados democráticos modernos diz respeito à extensão da autoridade do governo central. Não parece haver fórmula institucional isenta de riscos. Arranjos institucionais que concentrem excessiva autoridade no governo central ensejam o risco da tirania da maioria. Por outro lado, arranjos que confirmam poder de veto aos governos regionais ensejam o risco de que minorias paralise reformas de interesse geral. Escolhas constitucionais que confirmam aos governos subnacionais ampla autoridade sobre as políticas públicas implicam desigualdade de acesso a serviços, embora ensejem a promessa de aproximar o governo dos cidadãos. No entanto, Estados centralizados parecem ter maior impacto na redução das desigualdades sociais do que modelos descentralizados (ARRETCHE, 2013, p. 65).

Da mesma forma, podem-se encontrar muitos Municípios brasileiros econômica e financeiramente inviáveis, o que os torna ente federados que sobrevivem apenas em função dos repasses constitucionalmente estabelecidos do Fundo de Participação dos Municípios (FPM).

Isso se intensificou graças ao excessivo número de municípios criados nas décadas anteriores, passando de 1.574 em 1940 para 5.570 em 2019. Ainda de acordo com o Censo 2010 do IBGE, os Municípios com até 50 mil habitantes são aqueles com as piores condições de infraestrutura urbanística básica (RAMOS e MIRANDA NETTO, 2017, p. 324-325).

Na essência, o financiamento dos serviços de saúde no modelo cooperativo brasileiro, pautado nas disposições fiscais e tributárias constitucionais, distorce o devido equilíbrio dos repasses financeiros para Estados e Municípios, uma vez que deveriam atuar de forma a contornar as desigualdades regionais e o déficit de autonomia dos demais entes federados frente à União.

A pretendida descentralização conduziu os demais entes federados ao jugo da autoridade de financiamento e de normatização do governo federal. O governo federal está no centro do arranjo cooperativo e detém o controle do processo decisório, definindo o formato da cooperação e a destinação dos recursos transferidos. Os municípios são executores e gestores de uma política social e financeira definida no plano federal.

Esta realidade pode ser exemplificada com o advento da Emenda Constitucional nº 96/2016, conjunto normativo impositivo de origem federal, que atuou como um “rolo compressor” sobre as autonomias e vontades dos demais entes federativos. Sobre o tema disserta Lenir Santos:

Ao impor à sociedade a EC 95, de 2016, ignorando todas as demais necessidades sanitárias nos próximos 20 anos, nosso Estado afronta os objetivos fundamentais da República, colocando em risco o direito à saúde. A saúde fiscal não pode ocasionar dano moral e físico; tampouco pode afetar apenas as políticas sociais, devendo ser discutido de modo amplo, transparente e com responsabilidade, qualquer medida fiscal que afete a vida das pessoas. Os impostos altamente regressivos que punem a população pobre; as renúncias fiscais que são consideradas gasto público, sem o devido controle, em especial quanto ao seu retorno à sociedade, quanto à sua efetividade social e econômica precisam ser discutidas com a sociedade (SANTOS, 2018, n.p.).

A frágil autonomia dos Estados-membros e Municípios compromete o objetivo da regionalização do Sistema Único de Saúde almejado pelo Poder Constituinte de 1987/1988, afastando o Brasil de uma formação ideal e simétrica de um Federalismo Cooperativo que possa garantir uma atuação positiva do Estado para cumprimento das promessas constitucionais de implementação dos direitos sociais à saúde. No pensamento de Misabel Abreu Machado Derzi:

Somente a implementação da Constituição da República poderá devolver a autonomia de cada um dos Estados membros e de seus Municípios. E a garantia dessa autonomia é, singelamente, a preservação da democracia. Na verdade é nada mais do que o respeito à liberdade daquele povo do território daquele Ente estadual. E, por detrás de um Estado, há direitos individuais e sociais fundamentais a serem protegidos (DERZI, 2018, p. 153).

Esta efetiva implementação dos anseios sociais objetivados pelo Poder Constituinte de 1987/1988, positivados no texto Constituição Federal, impõe o rompimento da alegada inércia legislativa e política. O superdimensionamento da União para ser limitado exige atuação normativa constitucional e infraconstitucional, de forma a observar a assimetria do sistema federal brasileiro e atender as especificidades socioeconômicas de cada ente federativo.

A manter-se essa inércia, negar-se-á efetividade aos direitos sociais fundamentais à saúde, em patente desrespeito aos valores e princípios consagrados em nossa Constituição Federal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema revela a necessidade dos ajustes na descentralização federativa e a busca de um caminho jurídico-constitucional que possibilite à luz das técnicas legislativas a resolução dos problemas de planejamento, com vistas a evitar a fruição dos arbítrios da população obstados pelo Estado.

Este desajuste do modelo cooperativo do Estado Federal brasileiro, ao obstaculizar o acesso ao direito social à saúde, acarreta a necessidade de rompimento da inércia legislativa e política, no sentido de aperfeiçoar o sistema para o adequado cumprimento das premissas expressas na Constituição de concretização dos direitos humanos fundamentais.

A inércia legislativa e política acarretou, no período pós Constituição Federal de 1.988, um superdimensionamento da União e a desconsideração parcial da assimetria no sistema federal ao não atentar para as diversidades da sociedade brasileira e o contexto socioeconômico dos demais entes federativos. Esta constatação revela a não atenção ao postulado elementar de que o federalismo importa um relacionamento equilibrado entre unidades federadas, que como regra, são desniveladas socioeconomicamente e politicamente.

A assimetria do Estado brasileiro encontra na Constituição Federal instrumentos políticos e jurídicos para a sua resolução, com vistas a afastar as desigualdades a não uniformidade e a desproporção nas relações intergovernamentais. De igual forma, atua para evitar a disparidade na disposição constitucional dos entes federados, no sentido de que o pacto estabelecido possa ser exequível na correção dos desníveis regionais e proporcionar o desenvolvimento nacional pleno e integrado.

Como visto, na busca de soluções para superar a assimetria do Estado Brasileiro, inaplicável o conceito de federalismo dual, uma vez este sistema não comportar, *a priori*, um terceiro ente federal, o que não se coaduna com o tipo de federalismo adotado no Brasil que incorporou, ainda que não lhe confira competências concorrentes, os Municípios à Federação.

Este cenário revela a adoção no Brasil do federalismo cooperativo, que objetiva uma maior e efetiva cooperação entre o poder central e os entes federados. Cooperação essa que decorre da subsidiariedade federalista que impõe sistemas cooperativos bidirecionais, descentralizados e que garantam autonomia aos entes.

Evidente que a cooperação intergovernamental não pode estar desatrelada das especificidades de cada ente, quer no que tange aos interesses comuns da sociedade, econômicos, sociais, culturais ou jurídicos que reclamam o desenvolvimento conjunto de políticas públicas e programas.

É a inobservância destes preceitos que resulta numa relação interfederativa desigual entre a União e os demais entes federativos, o que foi uma constante nas últimas décadas. E este desequilíbrio do modelo cooperativo, no âmbito da saúde, é fator gerador de angústias e sofrimentos, ante o desrespeito às autonomias locais, na medida do desajuste da cooperação que se estabelece no plano vertical entre a União e as demais unidades federais.

No campo da saúde, são definidos unilateralmente pela União, em nível infraconstitucional e normativo, os objetivos comuns que para ela representam os interesses nacionais. Desconsidera a preconizada gestão tripartite da saúde, almejada pelo Poder Constituinte de 1987/88, ao não atentar para as técnicas de repartição de competência extraíveis do texto constitucional, não sobrepostas, dos diversos atores políticos em matérias de interesse comum ou concorrente, se contrapondo ao modelo cooperativo de promoção de uma partilha mais racional e harmônica de competências.

Dessa forma, o desajuste do modelo cooperativo é o fator gerador da ineficiência do Estado em atuar positivamente para garantir os direitos sociais à saúde e, por conseguinte, não implementar os valores fundamentais expressos na Constituição decorrentes das vontades e anseios do Poder Constituinte no que tange às ações materiais voltadas à efetivação das liberdades públicas.

Os direitos sociais à saúde, subsistema dos direitos fundamentais, reconhecidos pelo Estado e pelo Poder Constituinte de 1987/88 como um segmento social, reclamam esta atuação positiva dos entes federativos para atribuição e disposição de referido direito prestacionais, com a normatização, regulação das relações intergovernamentais e criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos.

Contudo, para se alcançar este objetivo, a vastidão normativa editada após a Constituição Federal de 1988 e o advento da Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde – SUS (Lei 8.080/90), acentuou as mazelas do sistema federativo cooperativo. Como dissertado, muito embora inegáveis avanços tenham sido verificados ao longo de três décadas, o desarranjo da descentralização conduz o sistema ao colapso.

Ressalte-se, conforme exposto anteriormente, que o modelo de saúde brasileiro, no plano constitucional, com seus princípios ou objetivos informadores dos processos de formulação, implementação e análise jurídica de políticas públicas de saúde, tais como a universalidade, caráter democrático e descentralizado da administração com participação da comunidade, atendimento integral e regionalização e hierarquização, deve ser preservado.

Porém, plano infraconstitucional, a normatização, a elaboração e formulação de políticas públicas de saúde devem submeter-se ao modelo cooperativo de promoção da partilha

harmônica das competências. Ademais, como já dissertado, este modelo de gestão tripartite da saúde, em consonância com o federalismo cooperativo brasileiro, não decorreu da mera elaboração técnica alheia aos anseios do povo. A criação constitucional do SUS orientou-se pelos princípios norteadores e atendeu aos reclamos dos movimentos sociais de apoio à Reforma Sanitária brasileira, sintetizados nas proposições da VIII Conferência Nacional de Saúde promovida pelo Ministério da Saúde em 1986, marco histórico da consolidação da democracia e da cidadania em saúde.

Assim, este superdimensionamento do ente federal projeta a imposição de ônus descomedidos aos demais entes federativos, o que atualmente faz com que o tão necessário Sistema Único de Saúde - SUS seja o principal fator de desequilíbrio administrativo e conflitos com a União, em especial para os Municípios.

O modelo cooperativo instituído na Constituição Federal é deturpado pela regulamentação infraconstitucional, em especial no plano normativo imposto pela União por seu Ministério da Saúde, que submete os demais entes a um sistema federalista centralizador de políticas públicas. Essa disfunção orgânica federativa gera a não efetivação da promessa constitucional de direito social e fere princípios basilares do Estado Democrático de Direito, em especial o da dignidade da pessoa humana.

A sistêmica disfunção distributiva de funções do sistema cooperativo, assim, é fator de desequilíbrio na autonomia dos entes federativos e por consequência a aflição dos dependentes do sistema e destinatário dos serviços, o que faz gerar o dever do Estado em corrigir as falhas da estrutura federal.

Por sua vez, a não efetivação dos direitos sociais à saúde em decorrência do desajuste normativo constitucional e infraconstitucional não pode ser enfrentada com a mera justificativa do ativismo judicial, uma vez que o compromisso interpretativo de efetivação da Constituição deve objetivar a vontade constitucional e evitar, sempre que possível, argumentos e soluções que se refugiem na aplicabilidade imediata ou não da norma ou na ocorrência de omissão de legislador.

De igual forma, as graves desigualdades existentes entre os entes federados e a excessiva dependência em relação aos recursos transferidos pela União têm como reflexo não apenas o subfinanciamento dos serviços de saúde, mas também a sujeição às vontades do ente com mais recursos. Por consequência, são necessários ajustes das disposições fiscais e tributárias constitucionais, assunto tão em voga ultimamente no Congresso Nacional na chamada “rediscussão” do pacto federativo.

Tais ajustes devem conduzir ao equilíbrio dos repasses financeiros para Estados e Municípios, o que resultaria na minoração das desigualdades regionais e do déficit de autonomia dos demais entes federados, bem como da impositiva autoridade de financiamento e de normatização do governo federal.

Esse arranjo político-constitucional é fator preponderante para que o modelo cooperativo da saúde possa ser pautado em uma política nacional coordenada e que a repartição de competências concorrentes e comuns seja de fato observada. Dessa forma, os programas e políticas públicas poderão ser realizados pelas esferas governamentais e outros por nenhuma, sem que isto implique a perda de receitas ou repasses.

Caso não efetuados esses ajustes, a frágil autonomia dos Estados-membros e Municípios continuará a comprometer o objetivo da regionalização do Sistema Único de Saúde almejado pelo Poder Constituinte de 1987/1988, afastando o Brasil de uma formação ideal e simétrica de um Federalismo Cooperativo que possa garantir a atuação positiva do Estado para cumprimento das promessas constitucionais de implementação dos direitos sociais à saúde.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e Participação Popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARRETCHE, Marta. **Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia**. São Paulo em Perspectiva, São Paulo, v. 18, n. 2, p. 17-26, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/spp/v18n2/a03v18n2.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2019.

ARRETCHE, Marta. Quando as instituições federativas fortalecem o Governo Central? In: HOCHMAN, Gilberto; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.). **Federalismo e políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2013.

ARÓSTEGUI, Julio. **A Pesquisa Histórica: Teoria e Método**. Bauru: Edusc, 2006.

AWAZU, Luís Alberto de Fisher. **O Federalismo Brasileiro e o Desenvolvimento Nacional**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018.

BARACHO, José Alfredo Oliveira. A Federação e a Revisão Constitucional. As Novas Técnicas dos Equilíbrios e as Relações Financeiras. A Cláusula Federativa e a Proteção da Forma de Estado na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 202: 49-60, out./dez. 1995. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/46617-95844-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BARATA, Mário Simões. **Formas de Federalismo e o Tratado de Lisboa**. Coimbra: Almedina, 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 13-28, mar.2002.

BLOCH, Marc. **Apologia da História ou o Ofício de Historiador**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e Constituição: A Democracia, o Federalismo, a Crise Contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. *Ebook*. Não paginado.

BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

BOTELHO, Marcos César Botelho e Elenrose Paleari do Amaral Camargo: **Políticas públicas da previsibilidade a obrigatoriedade: uma análise sob o prisma do Estado social de direitos**/Dirceu Pereira Siqueira, Fernando de Brito Alves, organizadores). Birigui/SP: Boreal Editora, 2011.

BRASIL. **A Gestão do SUS**. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2015.

BRASIL, **Ato Institucional nº 1 (1964)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL, **Ato Institucional nº 4 (1966)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-04-66.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL, **Ato Institucional nº 5 (1968)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL, **Constituição Política do Império do Brasil (1824)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1937)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1946)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil (1967)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 1 (1889)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D0001.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL, **Emenda Constitucional nº 1 (1969)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-9.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL, **Emenda Constitucional nº 11 (1978)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc11-8.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL, **Emenda Constitucional nº 15 (1980)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc15-0.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL, **Emenda Constitucional nº 26 (1985)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-5.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. **VIII Conferência Nacional da Saúde - Relatório Final**. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf>. Acesso em: ago. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Or.). O conceito de política pública em direito. In: **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CASTILHO, Ricardo. Estado: Elementos Constitutivos, Conceito, Objetivos e Tipos. In: TORRECILLAS RAMOS. Dircêo (org.) **O Federalista Atual: Teoria do Federalismo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 2-34.

COELHO, João Gilberto Lucas. Processo Constituinte, Audiências Públicas e o nascimento de uma nova ordem. In: Ana Luiza Backes, Débora Bithiah de Azevedo e José Cordeiro de Araújo

(Org.), **Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte**: a sociedade na tribuna. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara. 2009, pp. 21-47.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998. Interesse público, v. 4, n. 16, p. 49-63, out./dez. 2002.

COSER, Ivo. **Federalismo**. *Ler História* 55 | 2008. Disponível em: <http://journals.openedition.org/lerhistoria/2218>; DOI: <https://doi.org/10.4000/lerhistoria.2218>. Acesso em: 24 fev. 2020.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALLARI, Sueli Gandolfi. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A Construção do Direito à Saúde no Brasil. In: **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo v. 9, n. 3 p. 9-34. nov. 2008/fev. 2009.

DAOU, Heloisa Sami. BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. **Direito à Saúde e Desenvolvimento**. *Argumenta Journal Law* nº 31 - jul / dez 2019. p. 289-313.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Federalismo, Liberdade e Direitos Fundamentais. **Journal of Institutional Studies** (2018). 119 Revista Estudos Institucionais, Vol. 4, 1, 2018. p. 118-157.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: o minidicionário da língua portuguesa. 7. ed. Curitiba: Editora Positivo, 2008.

GOGLIANO, DAISY. Direito Civil Sanitário e o Novo Código Civil. In: **Revista de Direito Sanitário**, 01 July 2002, Vol.3, p. 34-53.

GOTTI, Alessandra. **Direitos Sociais**: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados. São Paulo: Saraiva, 2012.

HAMILTON, Alexander; MADSON, James; JAY, John. **Os Artigos Federalistas, 1787-1788**. Trad. de Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, **Fundamentos de Metodologia Científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo**: enxada e voto. 7. ed. São Paulo: Nova Fronteira, 2012, *ebook*.

LEÃO, Lidiane Nascimento. **Direito à Saúde e Políticas Públicas**. São Paulo: *Lumem Juris*, 2017.

MACHADO, José Angelo. Pacto de gestão na saúde: até onde esperar uma "regionalização solidária e cooperativa"? **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. vol. 24 n. 71. São Paulo, oct. 2009

MACHADO, José Angelo. PALOTTI, Pedro Lucas de Moura. Entre cooperação e centralização: Federalismo e políticas sociais no Brasil Pós-1988. **Revista Brasileira de Ciências Sociais** (*on line*). São Paulo, vol. 30, nº 88, jun 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092015000200061. Acesso em: 14 fev. 2020.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Método, 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. **O direito internacional do meio ambiente e o *greening* da Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1870465413710419?gathStatIcon=true>. Acesso em: 25 jan. 2020.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MONTEIRO NETO, A. Governos estaduais no federalismo brasileiro: capacidades e limitações no cenário atual (Org.). **Governos estaduais no federalismo brasileiro: capacidades e limitações governativas em debate**. Brasília, DF: IPEA, 2014. p. 21-60.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Guilherme Peña de. Tipos de Estado Federal. In: TORRECILLAS RAMOS. Dircêo (org.) **O Federalista Atual: Teoria do Federalismo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 108-120.

NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde**. 2. ed. São Paulo: Forum, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto fundamentais**. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2017.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLSEN, Maria Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2010.

OLIVEIRA, Ricardo Victalino de. **Federalismo Assimétrico Brasileiro**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

OMS/Organização Mundial da Saúde. **Constituição da Organização Mundial da Saúde** (OMS/WHO) – 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organizacao-Mundial-da-Saude/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

OMS/Organização Mundial da Saúde. **Declaração de Alma-Ata**. 1978. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_alma_ata.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2019.

ONU/Organização das Nações Unidas. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento**. 1986. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/decl_direito_ao_desenvolvimento.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2019.

ONU/Organização das Nações Unidas. **Declaração e Programa de Ação de Viena**. 1993. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

PIOVESAN, Flávia. A responsabilidade do Estado na consolidação da cidadania. In: André Ramos Tavares (coord). **Constituição Federal – 15 Anos mutação e evolução**. São Paulo: Método, 2003.

PUCCINELLI JÚNIOR, André; ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa. **O Federalismo Cooperativo e a Reserva do Possível**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

RAMOS, Edith Maria Barbosa. MIRANDA NETTO, Edson Barbosa de. Federalismo e o Direito à Saúde na Constituição Federal de 1988: limites e possibilidades ao estabelecimento de um autêntico federalismo. **Revista Jurídica** vol. 04, n°. 49, Curitiba, 2017. pp. 304-330

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROGOFF, Barbara. **A Natureza Cultural dos Desenvolvimento Humano**. Tradução de Roberto Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2005.

RUSSO, Thiago Nogueira. LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas que Visam Concretizar o Direito à Saúde. **Argumenta Journal Law** n° 23 - jul 2015 - jan 2016. p. 313-331

SANTOS, Lenir. **SUS-30 anos: um balanço incômodo?** Ciência e Saúde Coletiva [online]. Rio de Janeiro, vol. 23, n° 16, jun 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232018000602043&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 18 fev. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf, 2008>. Acesso em: 20 jul. 2019.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição**. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Tutela Coletiva do Direito à Saúde**. Franca: Lemos & Cruz, 2011.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. A Inefetividade do Direito Fundamental à Saúde, Como Fator Determinante para a Aplicação dos Instrumentos de Tutela Jurisdicional Coletiva. **Argumenta Journal Law** nº 10 - jan/jun 2009. p. 169-181.

SOARES, Esther Bueno. Origem e Evolução do Estado Federal. In: TORRECILLAS RAMOS. Dircêo (org.) **O Federalista Atual: Teoria do Federalismo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 35-45.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias** [online]. Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>. Acesso em: 16 jul. 2019.

TEIXEIRA, Luciana. Processo Constituinte, Audiências Públicas e o nascimento de uma nova ordem. In: Ana Luiza Backes, Débora Bithiah de Azevedo e José Cordeiro de Araújo (Org.), **Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

TORRECILLAS RAMOS. Dircêo. **O Federalismo Assimétrico**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TORRECILLAS RAMOS. Dircêo. O Federalismo Assimétrico: Unidade na Diversidade. In: TORRECILLAS RAMOS. Dircêo (org.) **O Federalista Atual: Teoria do Federalismo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 122-140.

VERGOLINO, José Raimundo de Oliveira. Federalismo e autonomia fiscal dos governos estaduais no Brasil: notas sobre o período recente (1990-2010). In: MONTEIRO NETO, A. (Org.). **Governos estaduais no federalismo brasileiro: capacidades e limitações governativas em debate**. Brasília, DF: IPEA, 2014. p. 63-117.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado – Ciência Política**. São Paulo: Saraiva, 2016.