



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
DIREITO CONSTITUCIONAL

ANTÔNIO SABOIA DE MELO NETO

A INTERSEÇÃO DO FEDERALISMO COOPERATIVO
COM OS DIREITOS SOCIAIS:
reflexões acerca das normas organizacionais e
procedimentais

Brasília – DF

341.224
M528i

2007

ANTÔNIO SABOIA DE MELO NETO

**A INTERSEÇÃO DO FEDERALISMO
COOPERATIVO
COM OS DIREITOS SOCIAIS:
reflexões acerca das normas organizacionais e
procedimentais**

Relatório monográfico de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título no curso de pós-graduação lato sensu em Direito Constitucional, do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Orientador: Prof. Léo Ferreira Leony

Brasília – DF

2007

Sumário

- 1. Introdução**
- 2. Federalismo**
 - 2.1. Histórico**
 - 2.2. Conceitual**
 - 2.3. Tipos de Federalismo**
 - 2.3.1. Federalismo Cooperativo e o caso brasileiro**
- 3. Direitos Fundamentais Prestacionais**
 - 3.1. Direito à Prestações Jurídicas (Normas de Organização e Procedimento)**
 - 3.2. Direitos Sociais**
 - 3.2.1. Histórico**
 - 3.2.2. Conceitual**
- 4. A interseção do Federalismo Cooperativo com os Direitos Sociais: reflexões acerca das normas organizacionais e procedimentais**
- 5. Conclusão**

1. Introdução

Um dos grandes desafios enfrentados pelos operadores do direito é a busca de mecanismos jurídicos aptos à realização, no plano concreto, dos direitos fundamentais.

Sob o pretexto de sua natureza programática, ou mesmo sob o argumento governamental da reserva do financeiramente possível, notadamente em relação aos direitos fundamentais sociais, carecem estes ainda de aplicação efetiva no dia a dia dos beneficiários, muito porque ainda nos ressentimos de um maior aprofundamento nas formulações científicas no sentido de viabilizá-los.

Os direitos sociais, dentre os mais conhecidos o direito à saúde, à educação, à segurança, à moradia e à previdência social, enumerados no art. 6º, da Constituição Federal, desde sua gestação histórica dependem de uma atuação estatal mais direta, através de prestações positivas ministradas diretamente ao beneficiário, diferentemente do que ocorre, em princípio¹, com os clássicos direitos fundamentais de defesa, que via de regra se satisfazem com a simples não interferência do poder estatal.

Tendo como meta tentar localizar tais fórmulas ou mecanismos jurídicos, notou-se que essa atuação estatal de natureza prestacional na implementação dos direitos sociais, é possível de ser conciliada perfeitamente com nosso modelo federativo de Estado, sobretudo se observarmos que a vocação constitucional brasileira, principalmente a contar da Carta Cidadã de 1988, contempla a possibilidade de comunicação harmônica e prodigiosa entre os diversos entes federados - União, Estados, Distrito Federal e Municípios -, tendo como **vetor a cooperação e a busca da mitigação de desigualdades regionais** (CF, art. 23, parágrafo único).

¹ Diz-se em princípio porque certos direitos de defesa igualmente implicam, em situações extremas, atuação estatal positiva, o que ocorre, v.g., com o direito de proteção que se faz necessária em face da agressão de terceiros. Sobre o tema, ver Gilmar Ferreira Mendes, *in* HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS. 1 Ed. 2ª tiragem. Brasília : Brasília Jurídica, 2002, p. 200.

Logo, a proposta primordial deste estudo é aclarar de que forma o modelo de federação adotado no constitucionalismo pátrio pode ser influenciado pelo regime jurídico dos direitos fundamentais sociais, notadamente no que respeita considerar, desde já, que a cooperação federativa é mandamento normativo oriundo diretamente do texto de nossa Lei Fundamental, sendo este o ambiente ideal para que se fortaleçam as normas de organização e de procedimento firmadoras de posições jurídicas imprescindíveis para a concretização desses direitos.

Para tanto, não podemos abrir mão de historiar, mesmo que em breves linhas, a evolução do Federalismo como fenômeno social de formação dos Estados nacionais, até chegarmos ao nosso atual modelo de federação cooperativa.

Após essa primeira parte, traremos como principal marco teórico a classificação de Robert Alexy acerca dos Direitos Fundamentais, por ele dividido em dois grandes grupos: Diretos Fundamentais como **Direitos de Defesa** e Direitos Fundamentais como **Direitos a Prestações**. Aqui nos interessa apenas a segunda categoria, sendo ela igualmente subdividida em dois grupos: Direitos a Prestações em **Sentido Amplo**, que se divide em Direitos de **Proteção** e Direitos à **Organização e ao Procedimento**, e Direitos a Prestações em **Sentido Estrito**, que não se subdivide e representa tão somente os denominados Direitos a Prestações **Materiais ou Fáticas**, o que vem a coincidir com o **Direitos Sociais** propriamente ditos.

Disso passaremos à análise dos direitos fundamentais a prestações, tanto em sentido amplo no que se refere especificamente às normas de organização e de procedimento, como também em sentido estrito (direitos sociais), indo desde sua gestação histórica, apreciando sua formação a contar do primeiro estágio dos direitos fundamentais (Liberalismo), para então desembocar no seu atual nível de evolução.

Após percorrermos os dois fenômenos (Federalismo e Direitos Prestacionais), entraremos mais precisamente na análise de suas interseções, dando ênfase ao aspecto que consideramos primordial atinente a **concretização dos direitos sociais segundo normas de organização e procedimento**, que se viabilizam por intermédio de uma federação vocacionada à cooperação dos seus entes autônomos. Vale dizer, pretendemos extrair das normas de organização e de procedimento, sacadas da dogmática dos direitos fundamentais a prestações em sentido amplo (da qual a prestação normativa é espécie), o elemento que compõe o regime jurídico desses direitos que mais influencia uma federação vocacionada à cooperação.

Importante ressaltar que, se preferimos o caminho doutrinário que tenta traçar uma análise acerca da veiculação concreta dos direitos fundamentais sociais, sobretudo por considerar a melhor forma de adaptá-los numa federação cooperativa, obviamente que estamos desse modo comprometidos com a máxima efetividade constitucional desses direitos, o que só aumento o desafio deste relatório monográfico e que também nos serve de estímulo adicional.

2. Federalismo

2.1. Histórico

O fenômeno federativo é acima de tudo fenômeno de origem social, pré-jurídico, anterior à idéia mesma de organização do Estado. Espraia-se sua concepção, em seus primórdios, como princípio geral de organização, vindo a abranger os mais diversos domínios da vida social: as associações, os partidos políticos, os sindicatos, os grupos sociais.

Neste estudo, porém, interessa-nos a abordagem do fenômeno federativo como expressão da evolução histórica do Estado, em sua acepção jurídico-política.

Há registros históricos de que o federalismo se sentia presente como elemento de organização já no Século XIII a.C., aplicado entre os antigos israelitas visando à unidade nacional pela ligação de suas diversas tribos no sentido de uma união do tipo federalista. É o que registra Clenir de Assis Lopes², particularmente da leitura bíblica extraída dos Livros de Josué, Samuel e Ezequiel.

Há também manifestações pretéritas do federalismo na versão helênica da Amphyctionia e da Confederação Suíça dos Séculos XV e XVI, o que nos informa Machado Horta³. Contudo, a concepção moderna de federação é reservada ao intelecto do constituinte norte-americano do final do século XVIII, cuja construção não obedeceu a nenhum modelo precedente, de sorte que aquelas manifestações anteriores, segundo pontua Fernanda Dias Menezes de Almeida, criaram vínculos “mais elementares e menos consistentes, equivalentes antes à Confederação, que costuma ser estágio anterior à Federação.”⁴

² *Apud* WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e Federação na Constituição Brasileira. 1. ed. Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2004, p. 21

³ HORTA, Machado Horta. O FEDERALISMO NO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Rio de Janeiro, Ano XVII, n^os 19 e 20, p. 223-249, 1^o e 2^o Semestres de 2001.

⁴ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Competências na Constituição de 1988. 3. ed. São Paulo : Atlas, 2005, p. 19.

Necessitavam os americanos de uma fórmula de superação do antigo pacto confederativo que garantiu soberania às 13 colônias britânicas na América do Norte (1776), reunidas em Confederação de Estados, padrão este levado ao fracasso mediante o descumprimento, no âmbito interno de cada novo Estado, e sem sanções, das normas a elas impostas por Tratado.

Da perspectiva otimista de unir as treze Colônias em torno de metas comuns, porém sem que abrissem mão de suas respectivas soberanias, logo se chegaria a frustrada constatação de que o pacto não lograria êxito diante da inoperância de um sistema carente de sanções que correspondessem ao descumprimento, por quaisquer das Colônias soberanas, das regras comuns fixadas por intermédio de Tratado.

Concluiu-se que somente com a abdicação da soberania por parte de cada Estado independente, reunindo-se numa só força soberana, seria possível fazer cumprir os objetivos comuns, reservando-se, no entanto, parte dos poderes aos Estados doravante autônomos⁵. Vale consignar, à propósito, um dado curioso dessa história: os Estados Federados como são conhecidos até hoje, só recebem a denominação “Estado” por força da conformação dos interesses dos antagonistas do novo regime em instalação no sistema estadunidense. A manutenção da expressão “Estado” serviria como paliativo psicológico para os que não concordavam em abdicar de sua soberania. Retirar-lhe a nomenclatura “Estado” lhes cairia de forma demasiadamente traumática, culturalmente mantida até hoje para as unidades que na realidade não são “Estados” na concepção técnica da palavra, mas sim entes federados autônomos não dotados de soberania.

Institucionalizou-se verticalmente os laços associativos, passando a ser a soberania apanágio exclusivo do Estado Federal, sem que se retirasse dos Estados-membros a capacidade de auto-determinação dentro do círculo de competências traçado

⁵ Os conceitos de federação e confederação são inconfundíveis. Naquele ocorre o surgimento de um novo Estado soberano, e já neste os entes confederados não perdem sua soberania, de sorte a preservarem o direito de auto-determinação e a possibilidade de secessão, características estas que comprometeram de morte a manutenção do pacto confederativo americano.

pelo poder soberano, assim reservando-lhes auto-organização, auto-governo, auto-legislação e auto-administração, atributos exercitáveis sem subordinação aos Poderes da União⁶.

Como manifestação dinâmica do próprio fenômeno evolutivo do Estado, o federalismo apresentou avanços e conformações idealizadas segundo fórmulas bem próprias em casa Estado Nacional. Mas é no federalismo norte-americano e no alemão da Lei Fundamental de Bonn de 1949 que identificamos os modelos mais representativos da evolução trilhada nos dois últimos séculos de sua existência institucional na Constituição.

Enquanto o modelo dos norte-americanos consagrou a organização constitucional dos poderes do Governo Central e dos Governos Estaduais, dispostos em um sistema dual, conferindo os poderes enumerados à União e os reservados aos Estados (imerso na lógica de que o direito comum é central e os parciais, exceção), o sistema germânico inova e abandona este modelo anterior (que influenciou fortemente até então grande parte dos sistemas federais dos Estados), para, ultrapassando a repartição dual, introduzir o sistema de repartição mista da legislação concorrente, trazendo como característica singular a ampliação dos poderes dos Estados (Länder).

Consiste este novo paradigma federativo, em linhas gerais, no estabelecimento de competências materiais superpostas entre União e Estados, aquele no sentido de criar as normas gerais e estes autorizados a legislar de forma plena, caso se verifique a ausência daquelas normas gerais.

Voltaremos a estas características mais à frente quando tratarmos dos tipos de federação, mas é importante que se registre que o novel modelo germânico lançou suas raízes no sistema Austríaco, de 1920, para o qual a matéria não deferida pela Constituição Federal à legislação ou à execução federal remanescerá no domínio da

ação autônoma dos Estados, e, além disso, à Federação ficaria reservado o regramento sobre princípios, em cujo parâmetro o legislador Estadual poderá criar normas em caráter complementar.

Em termos mais recentes podemos observar que a pressão exercida pela economia globalizada vem relativizando as relações entre os Estados, sobretudo no que se refere ao elemento soberania. Exemplo disso basta observar que na Alemanha os Estados da Federação vêm participando das relações com a União Européia quando uma questão envolver a legislação de competência dos Länder, mediante transferência de atribuições pela República Federal. A esse propósito, destaca Machado Horta que:

“A nova concepção do federalismo, identificada na posição internacional do Estado-membro, em superação da concepção clássica, que assegura o monopólio da União nas relações internacionais, tem na Lei Fundamental da Alemanha o documento mais representativo dessa nova tendência, que o texto constitucional germânico deu considerável desenvolvimento, para manter a posição ativa e a posição condicionadora do Estado-membro, conforme regras da Lei Fundamental.”⁷

O federalismo, como se percebe ao longo de seu desenvolvimento histórico, é fenômeno aberto às arrumações institucionais e organizacionais dos Estados, manifestando variado comportamento segundo a dinâmica social. Não há modelo único e invariável. Há sim uma pluralidade de formas, porém há determinadas características que o particularizam como elemento institucional de organização de um dado Estado, de maneira a dissociá-lo da outra forma de Estado, o Estado Unitário, assim destacando-o como categoria autônoma a ser objeto de estudo do Direito Constitucional.

⁶ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Competências na Constituição de 1988. 3 ed. São Paulo : Atlas, 2005, p. 25.

⁷ *Op. cit.*, p. 246.

2.2. Conceitual

Vem do latim “*foedus*”, “*foederis*” a palavra federalismo, ali significando tratado ou liga. E, realmente, consiste a Federação na associação de entes políticos que objetivam uma integração harmônica de seus destinos, transmudando-se num único Estado soberano, mas ao mesmo tempo reservando para si uma esfera de atuação autônoma⁸.

É, então, o Estado Federal, segundo a Teoria Geral do Estado, mais uma forma de Estado, estando ao seu lado outras formas como o Estado Unitário, o Descentralizado e o Constitucionalmente Descentralizado ou Regional.

Dessas observações preliminares podemos prosseguir, de pronto, ao que venha a constituir a essência do federalismo. Reside ela na existência de dois ou mais planos de ordenamentos jurídicos e governos politicamente autônomos, atuando concomitantemente sobre um mesmo povo e território, conforme os parâmetros fixados em uma Constituição.⁹

De resto, tudo o mais que surge constitui ora genuínos **efeitos** da adoção do regime federativo, ora **mecanismos para que se assegure o perfeito funcionamento e manutenção** do sistema.

Deste ponto de vista, a descentralização política, a auto-organização dos entes locais, a repartição de competências e rendas e a indissolubilidade do vínculo federativo (vedação ao direito de secessão), em lugar de evidenciarem (como para muitos ocorre) autênticas características conceituais do fenômeno, na realidade não passam de **efeitos** da própria adoção do modelo federal.

⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. O Estado Federal, São Paulo : Ática, 1986, p.18.

⁹ WEICHERT, Marlon Alberto. *Op. cit.*, p. 77.

Ainda na esteira dessa observação, nota-se que a existência de outros elementos como a rigidez constitucional, a existência de uma Câmara legislativa de representação dos Estados no poder central, a existência de um tribunal encarregado da jurisdição constitucional, a necessidade da constituição escrita, o exercício da função judiciária em todos os entes, a iniciativa de reforma constitucional pelos Estados e a existência do instituto da intervenção federal, ao fim e ao cabo, igualmente não funcionam como características que se prestem a estabelecer a essência do conceito ao princípio federativo. Comportam, sim, **instrumentos de proteção** ao próprio regime federal doravante adotado.

É bem verdade que a ausência de um ou outro desses efeitos ou mecanismos de proteção, em certa medida, poderá redundar na verdadeira distorção do sistema federativo, mas sem nunca desfigurar sua própria existência, que por assim dizer haverá de sobreviver até mesmo na constatação da ausência de um daqueles efeitos ou de um daqueles instrumentos de proteção do regime. Afinal, retornando apenas ao que de essencial o conceito de federalismo abrange, Paulo Bonavides já discriminava que:

“Sempre que duas ordens governativas coexistem em planos distintos, animadas e vitalizadas por princípios de estreita coordenação, com independência na promoção de fins específicos, aí temos o princípio federal em toda sua latitude e veracidade.

A dualidade vertical de ordenamentos e sua coordenação, sob a égide da constituição – preservando cada esfera a natureza própria que lhe pertence – assinala a essência das entidades federativas.”¹⁰

Analisando alguns dos efeitos da adoção do regime federal, nota-se na autonomia dos entes federados a materialização da capacidade de auto-governo e auto-administração, disso derivando a escolha dos próprios governantes e também a possibilidade de definição dos seus ramos de interesse. A autonomia dos Estados-membros, portanto, é um dos elementos mais marcantes do Estado Federal.

¹⁰ *In* Teoria do Estado. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1995, p. 80.

Ao seu lado figura também a Constituição como sendo a fonte e fundamento jurídico do Estado Federal e a inexistência do direito de secessão. Está na base da Federação sempre uma Constituição comum a todas as entidades federadas, por intermédio da qual são fixados os essenciais fundamentos de suas relações recíprocas, encarnando todo o fundo de validade dos seus atos e competências. Por outro lado, essa “aliança eterna” a que se propõe a Federação, traz consigo a amarra da cláusula proibitiva do desligamento entre os entes federados, pois são indissolúveis os laços federativos, o que se faz valer com o mecanismo da intervenção federal.

Mas é a Federação, de rigor, um grande sistema de repartição de competências, o que ontologicamente vem a consubstanciar sua descentralização em unidades autônomas, com a preservação do relacionamento harmônico entre União (poder central) e Estados-membros (poder parcial). Neste aspecto fundamental, tirando mais uma vez lição de Fernanda Dias Menezes de Almeida¹¹, é de se ter em mente que:

“(...) a não delimitação das atribuições do conjunto e das partes, que devem coexistir e atuar simultaneamente, tornaria inevitavelmente conflituosa sua convivência, pondo em risco o equilíbrio mútuo que há de presidir a delicada parceria a que corresponde, em última análise, a Federação.”

2.3. Tipos de Federalismo

É possível, a partir da divisão de competências que o federalismo encerra, distinguir os diversos modelos existentes e evoluídos ao longo da história, dentre eles, na lição de PINTO FERREIRA¹²: a) **federalismo clássico ou de equilíbrio** (dual): é o

¹¹ *Op. cit.*, p. 29.

¹² PINTO FERREIRA. Comentários à Constituição brasileira, São Paulo : Saraiva, 1989, v. 1, p. 395 e ss.

modelo norte-americano, consistindo a dualidade na repartição de competências com a conferência dos poderes enumerados à União, ficando reservado aos Estados-membros os poderes não enumerados¹³; b) **federalismo neoclássico**: trata-se do novo federalismo norte-americano, consubstanciado na gradativa concentração de poderes na União em relação aos Estados-membros, o que parece se identificar com o caso brasileiro; e c) **federalismo racionalizado ou hegemônico**: é o caso das Constituições em vigor da Alemanha, Áustria, Índia e Canadá, que conferem legislação exclusiva à União e, ao mesmo tempo, distribui competências comuns ou concorrentes entre aquela e os demais entes federados.

Logo, a repartição de competências poderá, num certo momento, acentuar a centralização concentrando maior soma de poderes nas mãos da União, fenômeno que em doutrina se denomina **federalismo centrípeto**; ou, noutro, poderá reduzir os poderes centrais e, via de consequência, ampliar os poderes dos Estados-membros. A isto se chama federalismo **centrífugo**. Há ainda uma última categoria de federalismo, através da qual se opera a dosagem no equilíbrio dessas forças, entre o ordenamento central e os periféricos, excluindo-se soluções extremas. Trata-se do **federalismo de equilíbrio**.

Obra pioneira de autoria de Dircêo Torrecilas Ramos revela duas categorias novas, o Federalismo **Simétrico** e o **Assimétrico**:

"No estado federal cada ente recebe tarefas e recursos para a execução das mesmas. Quando ocorre o desequilíbrio entre as obrigações e os meios financeiros, chegamos ao que se convencionou chamar de crise de sobrecarga. Verificamos que uma das razões para o sucesso do federalismo é um balanceamento geográfico, do tamanho do Estado, da riqueza, da população. No Brasil há uma disparidade em relação a esses requisitos, com acentuada desigualdade. Surge aí a necessidade de corrigir o defeito. A solução encontrada, não só entre nós, mas já preocupando outros países como a Suíça,

¹³ Esse modelo dualista presumia que os Estados-membros fossem privilegiados, pois eram os beneficiários dos poderes não-enumerados, de rigor, mais amplos. Contudo, essa otimista previsão não se verificou no plano da realidade, já que a evolução do Estado Federal se guiou em sentido oposto.

Espanha, Estados Unidos, é a busca do equilíbrio, a cooperação, através de: a) divisões regionais, por grupos de estados; b) divisão de tributos; c) criação de incentivos fiscais ou outras modalidades e a redistribuição de receitas. Todos estes meios devem merecer um controle adequado por quem dá, quem contribui quer ver o recurso bem aplicado, quer uma forma de retorno que poderá ser apenas a solução de um grande problema ou uma recompensa e quem recebe deverá aceitar as condições. São fatores de manutenção da União. Estes arranjos são o que chamamos de federalismo Assimétrico".¹⁴

O federalismo assimétrico tem contribuído para solucionar as graves questões de estruturação nas federações onde existem acentuadas diferenças sociais, econômicas e culturais. Algumas Constituições apresentam formas de federalismo assimétrico, como a do Canadá e a do Brasil. Outras Constituições não trazem o federalismo assimétrico expresso nas normas da federação, mas o exercem na prática, por meio de acordos que definem tratamento diferenciado aos entes federativos. De um modo geral, os arranjos institucionais podem advir do aumento na representação regional nas instituições federais; do reconhecimento de direitos específicos provenientes de reivindicações minoritárias, enfim, de qualquer elemento que introduza a diversidade de organização acolhida nos ordenamentos federais.

Machado Horta identifica quais as linhas definidoras no federalismo simétrico que, uma vez rompidas, geram a assimetria federativa: composição plural do Estado; a repartição de competências entre o Governo Central e os Governos Locais, abrangendo poderes enumerados, poderes reservados e poderes mistos; a intervenção no Estados-membros, para a preservação da integridade territorial; a ordem pública e os princípios constitucionais da Federação; o Poder Judiciário dual, repartido entre a União e os Estados, distribuídos entre Tribunais e juizes, assegurada a existência de um Supremo Tribunal para exercer a função de guarda da Constituição, aplacar dissídios de competências e oferecer a interpretação conclusiva da Constituição Federal; o poder

constituente originário com sede na União; o poder constituinte derivado nos Estados-membros, fonte da auto-organização e da autonomia dos ordenamentos parciais; a organização bicameral do Poder Legislativo Federal, obediente ao princípio de representação do povo na Câmara do Deputados e da representação dos Estados no Senado Federal ou órgão equivalente.¹⁵

Por fim, a adaptação que o Federalismo ao longo do tempo (últimos dois séculos) conheceu, transmutou-se desde sua primeira formação (dual) progredindo para sistemas mais arrojados (v.g., competências mistas). Assim, tanto nos EUA como em outras Federações, passou-se do que se convencionou chamar Federalismo Dual para o denominado **Federalismo de Cooperação**, notadamente à razão da alteração das relações entre o Poder Central (União) e os Poderes Parciais (Estados), tendo em vista sobretudo o fortalecimento apresentado pelo primeiro em detrimento do conseguinte enfraquecimento das autoridades locais.

Sobre o Federalismo Cooperativo nos debruçaremos com maior detenção a seguir, ante sua crucial importância para o desenvolvimento deste relatório monográfico.

2.3.1. Federalismo Cooperativo e o caso Brasileiro

Cooperação e Federalismo relacionam-se, via de regra, etimologicamente pela derivação da palavra *foedus*, que consigo já carrega a tradução: pacto, aliança, convenção, ajuste, tratado, acordo. Está na origem do Estado Federal a associação das partes componentes; inseparáveis, unidas na composição de ideais, formando uma aliança regida por normas de cooperação. A solidariedade, pois, está na origem deste

¹⁴ RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O FEDERALISMO ASSIMÉTRICO*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 59-60

pacto, o que corresponde ao permanente contato entre a comunidade central e as comunidades parciais.

O moderno federalismo se notabiliza sobremaneira através da cooperação. A antiga concepção dual do federalismo norte-americano, fundada no pressuposto da separação de competências exclusivas e reciprocamente limitadoras com áreas de poder rigidamente definidas, dá lugar a um modelo que parte exatamente da quebra desse paradigma para estabelecer competências materiais imbricadas na comunhão de atribuições.

Reinhold Zippelius¹⁶, em sua obra *Teoria Geral do Estado*, define o federalismo cooperativo:

“(...) aquele que acarreta uma ‘obrigação ao entendimento’, quer dizer, o dever das partes no sentido de se harmonizarem entre elas e, caso necessário, aceitarem compromissos. O envolvimento funcional dos Estados membros (e eventualmente até dos corpos territoriais em nível autárquico) nos processos centrais de planejamento e regulação, pode servir de exemplo a esse respeito.”

Fundado nesse novo contexto subsidiário da cooperação e solidariedade, com a crise de 1929, deu-se a implementação da política do New Deal, pelo Presidente Franklin Roosevelt, assim surgindo o federalismo cooperativo, caracterizado por uma maior intervenção da União no domínio econômico, a fim de garantir o modelo do Estado de bem-estar social, a partir de uma livre cooperação da União com as entidades federadas.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 228

¹⁶ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 512.

À propósito, Machado Horta aponta que a concepção do *dual federalism* que se elaborou no Estados Unidos, recebeu a contribuição do novo federalismo a partir da Presidência de Roosevelt, que intensificou a ajuda federal aos Estados, especialmente sob forma de programas e convênios¹⁷.

Acerca do federalismo no caso brasileiro, ao contrário do que se deu no modelo norte-americano, embora sob a tentativa de se criar um autêntico modelo federativo, na realidade vimos o nosso Estado Federal ser criado a partir de um Estado Unitário vindo desde a Constituição de 1824 (Brasil Imperial). A Constituição de 1891, ainda que no propósito de criar um modelo federal altamente descentralizado, criou uma União artificial, já que se deu do centro para as periferias, o inverso do modelo norte-americano.

Para Dircêo Torrecillas Ramos¹⁸, constituem o Estados Unidos o caso clássico de anterioridade do povo ao poder, e o Brasil, por sua vez, seria o exemplo mais radical da preexistência do poder ao povo, referindo-se o autor à angustiante realidade histórica nacional, que “recebeu” o Estado pronto, ao passo que a comunidade americana teria se mostrado politicamente forte em relação ao poder estatal que ela própria criou.

Criamos aqui, nesta época, um federalismo dual nos moldes clássicos de enumeração dos poderes da União, ficando os residuais sob a égide dos Estados. Há um recuo dessa descentralização nas Constituições de 1934 e 1946, havendo quem sustente que a Federação foi simplesmente extinta com a Constituição social-facista de 1937¹⁹.

Na comparação entre os modelos desenvolvidos em 1934 e 1937, no que toca a divisão de competências, reforça-se o caráter centralizador do último, havendo mais

¹⁷ *Op. cit.*, p. 237.

¹⁸ RAMOS, Dircêo Torrecillas. O FEDERALISMO ASSIMÉTRICO. 2 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000, p. 162/163.

restrição quanto a participação estatal na elaboração da legislação concorrente. Mas é em 1934 a primeira vez que uma Constituição, à par das competências exclusivas da União e reservadas dos Estados, prevê uma gama de competências legislativas concorrentes, através da qual os Estados poderiam editar leis em nível supletivo e complementar às normas gerais da União.

A Constituição de 1946 manteve a técnica federativa de 1934. E se pode afirmar que nos anos de 1967 e 1969 tivemos uma Federação somente nominal, pois o Brasil regride à condição de Estado Unitário descentralizado, com característica autoritarista, o que muitos autores chamam de “federalismo de integração”, pois se trata de um federalismo que nega o próprio federalismo, ao se confundir a Federação com a União.

Razões óbvias levam ao remodelamento de nosso federalismo, a partir de outubro de 1988, a padrões de abertura democrática e divisão equilibrada dos poderes entre os entes federados. Seria natural que se buscasse reparar distorções de nosso regime federativo, com a ampla revisão da repartição de competências, não ficando o constituinte de 1987 alheio às experiências contemporâneas de outros Estados Nacionais. Buscou-se, portanto, soluções inovadoras no arranjo da nova arquitetura federativa, sob forte influência do ideário democrático.

Apesar das inovações introduzidas, à exemplo do que ocorreu com o reconhecimento dos Municípios como mais uma unidade federada a compor a união indissolúvel da república, o número de competências da União em detrimento de Estados, Distrito Federal e Municípios ainda se revela superior, o que para quase unanimidade dos autores é resultado de nossa forte tradição Presidencialista.

¹⁹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. PACTO FEDERATIVO. Belo Horizonte : Mandamentos, 2000, p. 19.

Ainda assim, em termos gerais, o caminho que se preferiu é potencialmente hábil a ensejar um federalismo de equilíbrio. A busca por liberdade e eficiência²⁰ criou a necessidade de um balanceamento entre o governo federal e os governos estaduais, na medida em que, se por um lado o governo central fosse excessivamente forte, ficaria comprometido o autogoverno nos Estados, e, por outro, se a autonomia destes fosse igualmente poderosa, esvaziaria-se os objetivos comuns que justificam uma unidade nacional.

Foi nesse ambiente que se construiu um modelo federativo de cooperação, superpondo-se competências federais e estaduais, mas com um pé na intenção descentralizadora, que dá sustentação ao federalismo solidário ou intergovernamental, estimulando a ação conjunta entre União e Estados-membros, que devem atuar como parceiros na solução de problemas sociais e econômicos.

A discussão da descentralização, na avaliação de sua maior ou menor intensidade, é permeada no fundamento de cooperação, mediante a interação federal-estatal em favor do interesse da coletividade. É nas relações de colaboração que se firma a hodierna discussão sobre o federalismo cooperativo. Supera-se o dualismo como elemento clássico de caracterização do federalismo norte-americano, adotado no Brasil em nossa primeira constituição (1891), onde União e Estados se colocavam em situação de antagonismo, para galgarmos, da inter-relação destes entes, a superação de déficits sociais até hoje gravíssimos.

A articulação de nosso federalismo atual transita na composição de forças, tendo como meta o equilíbrio: à União cabe o exercício dos poderes gerais que tenham a ver com questões unitaristas próprias da Federação e que estejam relacionadas com o Estado do bem-estar, o que inclui, de fundamental, a direção dos rumos de nossa política econômica, que exige uma harmonização em todo território nacional, sobretudo

²⁰ KATZ, Ellis. Aspectos constitucionais e políticos do federalismo americano. Trad. Artur Lima Gonçalves. Revista de Direito Público, jan./mar. 1983, v. 65.

se considerarmos o país nas suas relações internacionais (economia globalizada); e, aos Estados, sobeja a criativa missão de propiciar o ambiente necessário para adaptar as soluções conforme suas peculiaridades regionais, isso sem abrir mão da autonomia que lhe é própria. Sob esse enfoque, inteiramente pertinentes as reflexões de Fernanda Dias Menezes de Almeida²¹, que sobre esse aspecto do federalismo:

“Numa palavra, o caminho que se preferiu é potencialmente hábil a ensejar um federalismo de equilíbrio, que depende, embora, como não se desconhece, também de outras providências.

Abrir aos Estados uma esfera de competências legislativas concorrentes, em que lhes é facultado, por direito próprio, e dentro dos limites traçados pela Constituição, disciplinar uma série de matérias que antes escapavam de sua órbita de atuação legiferante, significa, por certo, ampliar-lhes os horizontes e incentivar-lhes a criatividade.

O mesmo se diga em relação à descentralização de encargos mediante o estabelecimento de uma área de competências comuns, em que a cooperação de todos os integrantes da Federação é que deverá resultar o atendimento das metas objetivadas.

São dados, sempre falando em tese, reveladores de uma atenuação do princípio da supremacia da União e, pois, da centralização política que em toda parte, em particular no Brasil, vem marcando o federalismo.”

Como o federalismo não é algo estático, pelo contrário, exhibe uma dinâmica na medida do avanço do mundo contemporâneo, a observação que podemos fazer é que dessa pretensão de harmonização entre entes federados, decorreu uma primazia por parte do Governo central, o que se afina com a advertência feita pela autora. Embora não seja do interesse deste estudo polemizar quanto aos inegáveis avanços dos poderes da União, é notório extrair descontentamentos por parte de vários Estados-membros, sobretudo no que se refere à repartição do produto das receitas tributárias (federalismo fiscal), que vêm se mingando dia a dia, isto na contra-mão das crescentes arrecadações divulgadas recordes ano após ano por parte do governo central.

²¹ *Op. cit.*, p. 77

Apenas para que se dê um dado concreto sobre tais insatisfações, os Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná e Mato Grosso do Sul ingressaram com ação cível originária perante o Supremo Tribunal Federal²², contestando as perdas financeiras decorrentes das desonerações das exportações advindas da Lei Kandir (LC n° 87/96), implicando diretamente, segundo sustentam, na diminuição progressiva dos repasses da União, assim comprometendo seus orçamentos e, de conseqüência, vulnerando sua autonomia federativa.

Apesar desse quadro de desconforto, o certo é que a Constituição Federal de 1988 lançou mão de um modelo federativo, inclusive como cláusula insuscetível de modificação, ainda que por emenda constitucional (art. 1° c/c 60, § 4°, I), plenamente sensível à necessidade de comunicação entre os entes componentes da tripartição União, Estados e Municípios²³, a tal ponto de conformarem competências comuns visando alcançar o que denominou de estado do bem-estar social e do equilibrado desenvolvimento no âmbito nacional (parágrafo único, art. 23).

A vasta área criada pelo constituinte para realização concertada dos direitos sociais entre os entes federados, abrangendo os direitos à moradia, à saúde, à previdência social, ao lazer, ao trabalho, à educação, apenas para citar alguns, lança um desafio hercúleo, e que deve superar desde as dificuldades orçamentárias, organizacionais, de planejamento, indo até eventuais dissidências políticas na conformação de todos os interesses envolvidos.

Esse é o ambiente de desafio: a efetiva concretização dos direitos sociais numa atmosfera de cooperação federativa por si só eivada de complicadores.

²² ACO n° 792, distribuída em 4/8/2005 à relatoria do Ministro Carlos Velloso.

²³ O Distrito Federal também é reconhecido como ente federativo, ora reunindo competências municipais, ora estaduais.

3. Direitos Fundamentais Prestacionais

A liberdade-autonomia que deve ser garantida a todos os indivíduos nem sempre se satisfaz com a simples abstenção, por parte do Estado, visando a não prejudicar a órbita de proteção privada de cada um. Muito pelo contrário, a dogmática dos direitos fundamentais aponta claramente para o caminho de que o exercício desta autonomia e liberdade, mais do que exercida em face do Estado, dar-se-á principalmente através do próprio Estado.

Por via de medidas positivas que impliquem uma postura ativa do Estado é que se garante a concretização do exercício de vários direitos fundamentais, notadamente aqueles advindos da matriz liberal-burguesa, os denominados direitos de segunda dimensão, ou direitos prestacionais sociais, como a seguir veremos em Capítulo próprio.

Os direitos fundamentais, portanto, podem ser classificados em dois grandes grupos, a saber: **direitos de defesa** (que incluem os direitos de liberdade) e os **direitos a prestações**. Estes, que particularmente interessam ao relatório monográfico em curso, são integrados pelos **direitos a prestações em sentido amplo**, que correspondem aos **direitos à proteção e à participação na organização e procedimento**, bem assim pelos **direitos à prestação em sentido estrito**, correspondente aos **direitos sociais de natureza prestacional**.

Os chamados direitos de defesa definem um direito subjetivo individual, à medida que se enquadram naquelas hipóteses através das quais a norma constitucional atribui ao indivíduo uma posição subjetiva ativa. Vale dizer, outorga-lhe um poder jurídico, na proporção que seu manejo imediato prescinde, via de regra, de qualquer prestação positiva por parte do Estado.

Robert Alexy define que os direitos de defesa, na sua dimensão jurídico subjetiva, como direitos fundamentais, agrupam-se em três categorias distintas: a)

direitos ao não impedimento de ações por parte do titular do direito; b) direitos à não afetação de propriedades e situações jurídicas do titular de direito; e c) direitos à não eliminação de posições jurídicas.

A abordagem acerca dessa classificação (direitos de defesa e direitos a prestações), ainda que em breves linhas, faz-se fundamental porque os direitos de defesa, marcados pela peculiar característica de direito subjetivo, não assume grande polêmica no que se refere a sua aplicabilidade imediata, sendo de sua dogmática originária seu exercício pleno sem a interferência direta do Estado²⁴. O mesmo não ocorre, porém, com os direitos a prestações, cuja dogmática aponta claramente para necessidade de uma atuação positiva do Estado, surgindo assim posições diversas acerca de sua aplicabilidade imediata.

Ganha relevância essa informação porque os direitos de cunho prestacional, positivados a partir de normas ditas programáticas, não prescindem, em princípio, de interposição do legislador para que sejam, por via de consequência, dotados de aplicabilidade e eficácia plena. Logo, conforme o grau de positivação constitucional, variando em extensão e profundidade sua densidade, será dosada a eficácia e aplicabilidade da norma de direito prestacional.

A propósito, note-se que a Constituição dirigente se consubstancia em um máximo de "desejabilidade constitucional" de direitos prestacionais sociais, que passa a relacionar-se genericamente, com uma necessária interposição do legislador, derivada da subordinação de uma efetividade constitucional para sua consecução.

Esta "*interpositio*" do legislador visa a ser uma forma de assegurar que os direitos prestacionais tenham a referida aplicabilidade imediata e a sua carga eficaz

²⁴ Muito embora ecoe forte doutrina relativizando essa postura inicial ao se verificar que muitos dos direitos de defesa só se viabilizam através de medidas positivas do Estado, o que implicaria tantas dispêndios quanto aqueles direitos de cunho genuinamente prestacional.

seja a máxima possível, delineando um pressuposto do exercício do direito fundamental, conforme a vontade do constituinte.

Com essas sintéticas considerações já podemos notar que os direitos prestacionais, segundo a classificação aqui adotada (em sentido amplo e em sentido estrito), não se satisfazem tão-somente com a atuação do Estado através de medidas materiais (prestações fáticas). Há direitos de cunho prestacional que envolvem essencialmente a prestação normativa (jurídica) como a linha condutora para seu exercício.

Como vimos, em seu sentido amplo, os direitos a prestações estão divididos em direitos de proteção e direitos à participação na organização e no procedimental.

À medida que os direitos à participação na organização e no procedimento serão analisados de forma apartada, tal qual se fará com os direitos prestacionais em sentido estrito (direitos sociais), necessário apenas destacar alguma consideração, ainda neste tópico, sobre os direitos de proteção.

Direitos à proteção são posições jurídicas fundamentais que outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado que este o proteja contra ingerências de terceiros em determinados bens pessoais. São inúmeras as formas que esta proteção pode ser dar e igualmente os agentes contra quem estas regras se dirigem. Normas penais, medidas administrativas, normas procedimentais, voltadas tanto contra os demais particulares e até mesmo em face do próprio poder público, podem viabilizar e instrumentalizar a proteção inerente a essa particularidade de direitos.

A forma como o Estado assume esses deveres de proteção e os efetiva permanece no âmbito de seu próprio arbítrio. Isto porque o reconhecimento de um direito subjetivo a uma atividade protetiva do Estado se encontra, ainda, na dependência

de uma previsão suficientemente detalhada por parte do direito objetivo, limitando-se, via de regra, ao dever de agir do Estado, não necessariamente dizendo “como agir”²⁵.

3.1. Direito à Prestações Jurídicas (Normas de Organização e Procedimento)

Como já observado, os direitos à prestações, em seu aspecto amplo, envolve tanto direitos de proteção como direitos à participação na organização e no procedimento.

Especialmente quanto aos últimos (aspectos organizacional e procedimental), pode-se dizer que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, tanto de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos, setores ou repartições (direito à organização), como de outras, normalmente de índole normativa, destinadas a ordenar a fruição de determinados direitos ou garantias, como é o caso das garantias processuais-constitucionais (direito de acesso à justiça, por exemplo).

A expressão “direitos de participação na organização e no procedimento”, pode levar pela sua literal apresentação a determinados equívocos, visto que não comporta, em toda sua extensão dogmática, a verdadeira compreensão dos aspectos organizacionais e procedimentais dos direitos fundamentais. Assume aqui, à propósito, particular relevância a distinção que pode ser desenhada entre a possibilidade de participação (tomar parte em) na organização e no procedimento ou os direitos à criação de estruturas organizacionais e emissão de normas procedimentais. Logo, na expressão “direitos de participação na organização e no procedimento” se encontram contempladas ambas as possibilidades, conforme no ensina Ingo Sarlet, uma vez que tanto o caráter prestacional típico inerente à criação de órgãos, estruturas e procedimentos como também o direito de nelas ingressar e efetivamente participar, ou

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 5 ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado pags. 211/213.

mesmo de lançar mão das normas procedimentais, estão albergadas no aspecto organizacional e procedimental mais amplo²⁶.

Outro equívoco que deve ser evitado é a utilização, sem critérios, da conjugação dos direitos organizacionais e procedimentais como se fossem institutos correlatos. Nem sempre há direitos à organização correlato a um direito ao procedimento, e vice-versa. Apenas é possível a utilização dos dois termos se forem identificados elementos que justifiquem esta aglutinação, embora seja de se considerar que procedimento, em sentido amplo, representa um sistema de regras e/ou princípios destinados à consecução de determinados resultados, o que engloba, via de regra, ambas as noções organizatória e procedimental propriamente dita.

Há a concepção formada de que as noções organizacionais e procedimentais têm íntima ligação com a efetividade dos direitos fundamentais, na proporção que se estes são, de algum modo, dependentes daqueles, há plena reciprocidade nisto quando se percebe que os direitos organizacionais e procedimentais serão estruturados, aplicados e interpretados segundo a dogmática dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais que têm por objeto a garantia dos postulados da organização e do procedimento, como é o caso das garantias processuais-constitucionais de caráter penal (por exemplo, inadmissibilidade da prova ilícita e o direito do acusado à não-auto-incriminação), liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII), do direito ao juiz natural (art. 5º, XXXVII), são reflexos diretos desta influência recíproca.

²⁶ Op. cit., pág. 215.

Não se pode deixar de nomear, ainda quanto ao objeto, igualmente, a inclusão no grupo dos direitos de participação na organização e procedimento, do direito dos partidos políticos a recursos do fundo partidário e do acesso à propaganda política gratuita nos meios de comunicação (art. 17 § 3º da CF), pois são prestações voltadas não só à manutenção da estrutura organizacional dos partidos (de importância fundamental para o fortalecimento da democracia), quanto à garantia da isonomia na participação do processo democrático.

Mais uma vez tomando lições da obra de Ingo Sarlet, importante evidenciar neste Capítulo que a problemática, citada pelo autor, relativamente aos direitos de participação na organização e procedimento volta-se crucialmente para possibilidade de exigir-se do Estado (Estado-legislador) a expedição de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos, ou mesmo de medidas que objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e procedimento²⁷.

A questão está em investigar em que medida existiria uma obrigação do Estado no sentido de editar tais regras, procedimentos ou estruturas organizacionais, ou ainda se a isto corresponderia um direito subjetivo fundamental do indivíduo.

Embora a resposta a esta indagação não tenha sido solucionada nem mesmo pela doutrina estrangeira, conforme nos informa o próprio Sarlet, importante ficarmos aqui com a noção exata de que, independentemente das discussões e conclusões a que se cheguem, há convergência no sentido de que a concretização de grande grupo dos direitos fundamentais só seria possível por força dessas regras estruturais e de procedimento, o que só reforça o entendimento de que, na pior das hipóteses, ainda que

²⁷ *Op. cit.*, pag. 216.

se solucione a questão no sentido da não obrigatoriedade estatal para edição dessas regras, ainda assim restaria a dimensão jurídico-objetiva a orientar toda a dogmática da estruturação, formação, aplicação e interpretação dos direitos à organização e ao procedimento.

Gomes Canotilho também sustenta que o direito fundamental em seu aspecto substantivo (positivo) tem irradiação sobre a organização e o procedimento, devendo este ser conformado de forma a assegurar a efetividade do direito protegido. Para isto, pôs em destaque a especial importância das normas infraconstitucionais neste processo, sobretudo em virtude dos seguintes aspectos: a) a existência de direitos fundamentais procedimentais altamente dependentes; b) a necessidade, em certos casos, de procedimentos criados por lei para servirem como guarda de flanco de posições jurídicas materiais garantidas pelos próprios direitos fundamentais; c) a necessidade de a lei criar estruturas organizacionais que atuem como instrumento funcional da realização de determinados direitos fundamentais; d) a dinamização, por meio de lei, de dimensões procedimentais e organizacionais participatórias, com o objetivo de garantir de forma eficaz o exercício de posições jurídicas fundamentais; e) o papel exercido pelo legislador na dinamização da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, na forma de uma eficácia mediata; f) a mediação reguladora por parte do legislador no sentido de assegurar o acesso a prestações estatais; g) a atuação do legislador no reconhecimento e na proteção do conteúdo das garantias institucionais, assegurando sua eficácia²⁸.

Feita a abordagem acerca dos direitos prestacionais em sentido amplo, no que de fundamental interessa a esta dissertação, vejamos em seguida os direitos prestacionais sociais, que nada mais são, como vimos na classificação, do que os direitos prestacionais em sentido estrito, assim fechando a segunda parte deste relatório.

3.2. Direitos Sociais

3.2.1. Histórico

Não há como abordar o surgimento dos direitos prestacionais sociais, doravante apenas direitos sociais, sem antes traçar um pequeno itinerário histórico relacionado com a própria consolidação dos direitos fundamentais de primeira geração (ou dimensão), consabido que aqueles consubstanciam direitos de segunda geração.

São dois os principais antecedentes históricos que serviram de combustível e influenciaram diretamente o movimento filosófico e ideológico de construção dos direitos fundamentais.

Em primeiro lugar, a Religião exerceu decisiva influência para formação da idéia de respeito à dignidade humana. A concepção de que os homens são feitos à imagem e semelhança de Deus, possui alto valor intrínseco e uma liberdade inerente à sua natureza, anima a idéia de que eles dispõem de direitos que devem ser respeitados por todos e pela sociedade política, já destaca Paulo Gustavo Gonet Branco, ao citar a filosofia de Santo Tomás de Aquino²⁹.

Ingo Sarlet, igualmente pondo em relevo a doutrina cristã de Santo Tomás, faz ver que além da já referida concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, professava-se a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como de expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes,

²⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional. 5 ed., Coimbra : Livraria Almedina, 1992, pág. 651 e ss..

²⁹ *in* HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS. 1 ed. 2ª tiragem, Brasília : Brasília Jurídica, 2002, p. 105.

poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população (desobediência civil)³⁰.

De seu turno, a doutrina jusnaturalista, calcada sobretudo nas teorias contratualistas, também concentra grande influência predecessora à final consolidação dos direitos fundamentais. A idéia de que se parte consiste no fato de que os homens têm o poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com a sua razão e vontade, demonstrando que a relação autoridade-liberdade se funda na auto-vinculação dos governos.

Aqui se lançam as bases do pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista do século XVIII, o que afinal desaguou no constitucionalismo e no reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos considerados como limites ao poder estatal. Afinal, professava-se que o soberano deveria exercer a sua autoridade com submissão ao direito natural. Disso decorreria a primazia do indivíduo sobre o Estado. John Locke é um dos pensadores de maior destaque desta fase, construindo a idéia de que os homens se reúnem em sociedade para preservar a própria vida, a liberdade e a propriedade, fazendo desses bens conteúdo de direitos oponíveis ao próprio soberano. Logo, a defesa desses direitos representaria a razão de ser do Estado e o seu princípio legitimador.

A influência desses dois antecedentes – Religião e Jusnaturalismo – lapidam as principais características da primeira geração dos direitos fundamentais, daí concebidos para fazer face à opressão do poder absoluto monárquico. Direitos **civis** e **políticos** oponíveis contra o Estado são construídos na primeira dimensão dos direitos do homem, consagrados nas declarações de direitos americana (1776) e francesa (1789). Há a judicialização desses direitos para assegurar ao indivíduo uma dupla proteção: primeiro a política, ligado à garantia do cidadão perante o Estado; e, segundo, a econômica, a fim de veicular uma economia de livre mercado.

³⁰ Op. cit., , p. 45.

Com o correr da experiência social tendo como paradigma da dignidade humana um extremado individualismo no exercício do direito de propriedade, e, ainda, o absenteísmo estatal, não tardou para que abissais diferenças sociais surgissem, com elas as demandas por melhores condições de trabalho, sobretudo.

O Estado liberal de então não intervinha nessas relações, até por respeito às idéias de liberdade individual que então dominavam, assegurando-se a todos a liberdade contratual, o que, no caso dos trabalhadores, era uma falácia em razão da evidente e profunda desigualdade de fato e onde essa liberdade era apenas formal.

Foi em reação a essa situação social que teve início a intervenção do Estado nas relações privadas, pois a dignidade humana não mais se satisfazia com o “dar de ombros” do Estado. Sobretudo através dele é que se poderia resgatar a igualdade material, não apenas formal do Liberalismo. Surge aqui uma nova dimensão dos direitos fundamentais, especialmente daqueles dados como “sociais”, que deixaram a esfera pública para adentrar as relações individuais. Lembremos que a primeira geração foi concebida como instrumento de proteção do indivíduo em face da onipotência do Estado, não tendo, assim, aplicação nas relações entre os sujeitos de igual condição em que se desenvolvem as relações entre os particulares. Isso decorria da concepção puramente formal de igualdade entre os diversos membros da sociedade, sem atenção para uma igualdade material, que na verdade não existia no Estado Liberal.

Marlon Weichert, em sua obra *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*³¹, destaca esse momento histórico de construção paulatina dos direitos sociais. Afirma que a esse tempo implementa-se a doutrina socialista, ocorrem duas guerras de âmbito mundial e campeiam as ditaduras formalmente constitucionais. Nesse contexto, e sem uma ruptura radical de continuidade, emerge o Estado social (além do próprio Estado socialista) idealizado para, além dos direitos e liberdades individuais, e da igualdade

³¹ *Op. cit.*, pag. 112

formal, garantir os direitos sociais e a igualdade material. Valiosa sua citação extraída da doutrina de José Carlos Vieira de Andrade, que também transcrevemos:

“O Estado começa a ser cada vez mais solicitado a intervir na vida social e a Administração ultrapassa definitivamente a sua condição de esquadra de polícia e repartição de finanças. A paz social não se reduz já à ordem nas ruas, pressupõe e responsabiliza a Administração (‘a matter of social engineering’) na caminhada para um bem estar susceptível de medida, com base nos critérios de determinação do futuro que os conhecimentos técnicos vão pondo à disposição da (s) vontade (s) coletiva (s). Exigem-se do Estado-Administração medida de planejamento econômico e social, uma intervenção directa e dirigente na economia, um sistema completo de prestações a todos os níveis da vida social.”

Logo, o Estado passa da condição de mero espectador para, definitivamente, passar a se orientar por motivações e objetivos de justiça social. Há ação sistemática sobre o processo econômico e a assunção pelo poderes públicos de novos programas de ação. Paulo Gonet destaca, de sua vez, que uma pleora de direitos ganha no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que reivindicam prestações positivas deste, que cobram dos poderes públicos comportamento ativo na sociedade civil.

O principal objetivo dos direitos sociais era, portanto, em sua contextura histórica, a materialização do ideal de igualdade material, em contraposição com a igualdade formal arquitetada pelo Estado liberal mínimo. Constitucionalizaram-se os direitos sociais no México em 1917 e, como maior expoente, a Constituição de Weimar em 1919. Pela primeira vez na história a assistência estatal é reivindicada pelos cidadãos como um direito às prestações de natureza fática, o que produziu uma substancial alteração na relação Estado-indivíduo, sobretudo em relação as quatro matizes educação, saúde, trabalho e cultura.

A atenção para as questões sociais no Brasil surgiu de forma enfática somente a partir da Revolução de 1930, com a política trabalhista de Getúlio Vargas, em muito

inspirada no modelo fascista de Mussolini. Antes disso, são relativamente simples e reduzidas as manifestações legais em prol dos direitos fundamentais entre nós, valendo recordar que a escravatura só foi abolida em maio de 1888. A Constituição Monárquica de 1824, à propósito, destaca Zeno Simm³², passou ao largo dos problemas sociais, limitando-se apenas a, em somente dois parágrafos do art. 179, assegurar a liberdade de trabalho e abolir as corporações de ofício, sendo que também o Código Comercial de 1850 limitou-se a uma tímida regulação das relações empregado-empregador e a primeira Constituição republicana (1891) trouxe uma só disposição: garantiu o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial. Por isso se dizer que apenas com a Constituição Federal de 1934 deu-se o surgimento da primeira Constituição social do Brasil, abandonando a feição de liberal-democrática para assumir a conotação de social-democrata.

Desse período até a atual Constituição Federal de 1988 várias contrações e ampliações no catálogo de direitos fundamentais sociais são constatadas, sobretudo em virtude das injunções políticas de cada período, sendo certo que a atual Constituição da República contém um leque de direitos significativamente ampliado e sem precedentes em nossa história, como melhor veremos no seguir deste relatório monográfico.

3.2.2. Conceitual

Um dos melhores critérios para a aferição do grau de abertura democrática de um Estado nacional reside na verificação do reconhecimento dos direitos fundamentais³³, isto porque na dogmática constitucional moderna direitos fundamentais e democracia são conceitos indissociáveis, fundamentalmente porque aqueles não podem subsistir prescindindo do regime político adotado.

³² SIMM, Zeno. Os Direitos Fundamentais e a Seguridade Social. 1 ed. São Paulo : Ltr, 2005, pag. 62.

³³ A única distinção que se tem apontado em doutrina entre direitos fundamentais e direitos humanos aponta para fato de que, naqueles, os direitos já se encontram incorporados à Constituição (ou diploma normativo similar)

Não foi por coincidência que a Constituição Federal de 1988 apresenta logo em seu preâmbulo a diretriz máxima de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, à liberdade, à segurança, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça como valores a serem preservados em todas as esferas da federação. Temos presente em nossa Lei Fundamental forte marco pluralista, o resgate e internação dos direitos humanos positivados no catálogo de garantias individuais do art. 5º e demais dispositivos (permissão do parágrafo segundo), tal como os direitos fundamentais sociais elencados nos artigos 6º.

A Constituição de 1988 traz consigo grandes avanços sob vários aspectos e é até o momento, como vimos, a melhor acolhida que se fez aos direitos humanos de uma maneira geral, tanto quantitativamente quanto qualitativamente. A ênfase ao social é inegável, com especial proteção aos direitos humanos individuais ou coletivos, tendo o art. 6º declarado que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”.

De pronto emerge desse rol de direitos o fato de que os direitos fundamentais sociais pretendem ser instrumento de intervenção destinado a compensar desigualdades, a restaurar equilíbrios ameaçados, acrescentando que se trata de um direito de preferências, um direito de não-reciprocidade, um direito de discriminações positivas. Assim, o que se tem em mira é conseguir-se criar uma situação de igualdade material entre as pessoas, reduzindo desníveis entre elas e buscando uma situação de equilíbrio, ou, ao menos, eliminar ou suprimir as necessidades mínimas do indivíduo, dando-lhe condições de uma existência digna.

Segundo a doutrina do direito constitucional os direitos fundamentais sociais se enquadram no *status positivo* na clássica teoria dos quatro *status* de Jellinek³⁴.

Segundo o autor, o indivíduo pode estar em quatro situações diferenciadas em relação ao Estado, variando entre deveres e obrigações conforme a peculiar situação.

Haveria, portanto, um *status passivo* (*status subjectionis*), através do qual o Estado impõe deveres ao indivíduo, vinculando seu comportamento através de mandamentos e proibições (v.g., proibição do uso de entorpecentes). Por outro lado, haveria um *status negativo* (direitos de defesa), que materializa certa proteção da esfera de liberdade do indivíduo contra atos de poder do Estado, seja pelo não-impedimento da prática de determinado ato (v.g., não impedir o direito de associação para fins lícitos), seja para não-intervenção em situações subjetivas ou pela não eliminação de posições jurídicas (proibição do retrocesso). Há, ainda, o *status ativo*, por meio do qual o indivíduo exerce em face do Estado o direito de influenciar na sua formação (v.g. direito de votar). Por fim, Jellinek aponta o *status positivo* (*status civitatis*), que é aquele reservado ao interesse do indivíduo quanto à prestação positiva por parte do Estado, implicando uma atuação direta do poder estatal na realização concreta do direito.

Importante ressaltar a advertência feita por Paulo Gonet, extraída da doutrina de Ingo Sarlet, acerca da abrangência do conceito dos direitos sociais. Ressalta o jurista que não apenas direitos a prestação são englobados nos direitos fundamentais de segunda geração, mas igualmente o são algumas *liberdades sociais* – como a liberdade de sindicalização e o direito de greve -, bem assim direitos fundamentais dos trabalhadores – como o direito a salário-mínimo, ao repouso semanal remunerado etc³⁵.

É objeto de nosso estudo, porém, o último *status* delineado nos ensinamentos de Jellinek, pois é da atuação estatal específica que se estratifica no plano da realidade o exercício dos direitos fundamentais sociais prestacionais. É o que assevera Gilmar Ferreira Mendes ao pontuar a necessidade da iniciativa do poder público para garantia dessas liberdades:

³⁴ BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS. 1 ed. 2ª tiragem, Brasília : Brasília Jurídica, 2002, p. 139/140.

³⁵ *Op. cit.*, pag. 110.

“Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não-intervenção na esfera da 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-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 da sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.”³⁶

Para o autor, os direitos a prestações encontram uma receptividade sem precedentes em nosso constitucionalismo, disso resultando inclusive a abertura de um capítulo totalmente dedicado aos direitos sociais no catálogo dos direitos e garantias fundamentais.

Logo, nosso ponto de partida mais relevante reside no fato de que os direitos sociais, muito embora não se encontrem redigidos no catálogo de direitos e garantias individuais do art. 5º, da Constituição, não estão destituídos da **fundamentalidade** que o legitima, no âmbito interno, aos anseios democráticos a eles inerentes.

Os direitos a prestações são inequivocamente direitos fundamentais autênticos, fato que autoriza, de per si, sua plena aplicabilidade, nos termos do art. 5º, § 1º, da Lei Fundamental. Tal como sucede com as demais normas constitucionais fundamentais e independentemente da forma de positivação, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, inclusive no que se refere às chamadas normas programáticas.³⁷

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS. 1 ed. 2ª tiragem, Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 139/140.

³⁷ Constam como efeitos concretos das normas programáticas: a) revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma definidora de direito fundamental; b) o legislador não pode se afastar dos parâmetros preestabelecidos nas normas definidoras de direitos fundamentais a prestações; c) impõe a declaração de inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados após a vigência da Constituição, estando em colisão com os direitos fundamentais por esta criada; d) constituem parâmetro para interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; e e) assumem relevante perspectiva

E se não parece ser alvo de discórdia o fato de que os direitos fundamentais sociais dependam diretamente de uma prestação estatal positiva, podemos avançar para algo que também é de todo indubitável: os direitos sociais demandam dispêndios financeiros por parte do poder público na maioria dos casos insuficientes à contemplação de todos os indivíduos. A realidade brasileira indica que, pior que isso, até mesmo os que conseguem se beneficiar diretamente de uma atuação estatal específica nesse sentido, como prestação da saúde, moradia e previdência, ainda assim a recebem em termos precários. Isso porque o Estado dispõe de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras dos direitos fundamentais sociais, de tal maneira que a limitação dos recursos, segundo alguns autores³⁸, constitui verdadeira limitação fática à realização dos direitos sociais.

Bem por isso os direitos sociais costumam ser chamados por parte da doutrina como direitos relativos, ora por dependerem de estipêndios financeiros em montantes simplesmente indisponíveis, ora porque estão vinculados a interposição da legislação regulamentadora que invariavelmente também depende dessas restrições orçamentárias.

Foi o quanto bastou ao direito comparado para que desenvolvesse a teoria da reserva do financeiramente possível, como causa excludente da obrigação estatal (teoria alemã) na consecução dos direitos sociais. É por intermédio dessa teoria que somente é dado obrigar o ente estatal nos estritos limites do que razoavelmente lhe é possível, em termos materiais (financeiros), depender para o alcance de determinada prestação. Logo, a base dessa teoria está na razão lógica de que não é possível obrigar alguém a dar o que simplesmente não possui. Desse modo, estão os cidadãos sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que podem, de maneira racional, esperar da sociedade.

jurídico-objetiva em relação à esfera subjetiva dos direitos, estabelecendo um novo vetor de orientação constitucional.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 5 ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2005, p. 288.

O aspecto econômico como obstáculo à concretização dos direitos sociais, portanto, parece ser mais grave que eventuais barreiras de ordem meramente regulatória. É preciso observar que à razão da natureza programática desses direitos, ou mesmo da eficácia limitada³⁹ de seu conteúdo, merecem no mais das vezes uma interposta lei que lhe dê eficácia no plano concreto.

Ganha relevância, por outro lado, se verificarmos que a necessidade de interposição legislativa se justifica também pela circunstância de que se trata de um problema de natureza competencial, sobretudo porque a realização desses direitos depende de disponibilidade de meios e também da progressiva implantação de políticas públicas na órbita sócio-econômica. Foi bem por isso que Vicente de Paulo Barreto⁴⁰ assinalou:

“A alocação de recursos para suprir demandas sociais depende, em última análise, da vontade política que se expressa no estado democrático através do sistema representativo, quando ocorre a escolha pelo eleitor dos projetos públicos de sua preferência. Tanto a questão da liberdade como da igualdade, constituem o pano de fundo diante do qual serão escolhidas as alternativas de políticas públicas apresentadas pelos partidos políticos. A sociedade que deverá escolher quais as opções político-econômicas e, portanto, em quais setores serão aplicados preferencialmente os recursos públicos.”

À medida que se faz certa essa inter-relação entre o aspecto econômico e a efetividade, no plano concreto, dos direitos fundamentais sociais, num debate que não pode prescindir da atuação horizontal do poder público em todos os níveis federados, sendo essa a razão porque Canotilho⁴¹ afirmou que ao legislador compete, dentro das

³⁹ Norma de eficácia limitada que exige regulamentação por lei específica (v.g. direito à participação nos lucros, art. 7º, XI, da CF/88)

⁴⁰ BARRETTO, Vicente de Paulo. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado / Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro : Renovar, 2003, 120.

⁴¹ Citado na obra de Ingo Wolfgang Sarlet. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 5 ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2005, p. 289

reservas orçamentárias, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais; concluímos que vem a ser esta uma questão a ser esgrimida, sobretudo, no plano da organização federativa do país, como a seguir passamos a analisar.

Antes, porém, ficamos com a concepção de que os direitos sociais são direitos fundamentais de segunda dimensão constitucional, logo de aplicação imediata e concretizados na medida dos recursos financeiros ou na medida da legislação que o regulamenta no plano infraconstitucional, cabendo a advertência que nem todos os direitos sociais se efetivam por intermédio de prestações positivas do Estado (liberdades sociais).

4. A interseção do Federalismo Cooperativo com os Direitos Sociais: reflexões sobre as normas de organização e procedimento

Observamos no item 2 que a essência do federalismo reside na existência de dois ou mais planos de ordenamentos jurídicos e governos politicamente autônomos, atuando concomitantemente sobre um mesmo povo e território, conforme os parâmetros fixados em uma Constituição.

Já no item 3, analisamos a íntima relação entre a concretização dos direitos fundamentais e as normas organizacionais e procedimentais, sobretudo ante necessidade da formação de estruturas - organizacionais e/ou procedimentais - que os viabilize, o que se dá, via de regra, através da emissão de normas jurídicas, ou prestações jurídicas.

Em seguida, e no mesmo item, vimos que a efetivação de um certo grupo de direitos fundamentais, os denominados direitos sociais, dependem fundamentalmente de uma atuação estatal positiva, em sentido material.

A idéia central desta dissertação parte fundamentalmente da constatação doutrinária de que se a realização dos direitos sociais, de fato e de direito, como vimos, dependem de uma atuação positiva do Estado, o quadro de concretização destes direitos sofre significativa influência do modo como o próprio poder público se exhibe em suas estruturas, bem como do modo como se organiza e se processa em suas esferas federativas.

Uma vez verificado que as normas organizacionais e procedimentais, como deveres de Estado, balizam fortemente o regime jurídico e o próprio exercício dos direitos fundamentais sociais, obviamente que, a depender do grau de distribuição institucional do regime federativo adotado, a densidade e o alcance desses direitos apresentará óbvias oscilações. Vale dizer, quanto mais bem organizadas as estruturas institucionais de um federalismo que se quer cooperativo, mais se estará próximo de

atingir as metas sociais a que se propõem os Governos central e parciais (estaduais e municipais).

Está a depender de atividade estatal o pleno exercício dessas garantias fundamentais a **arrumação das esferas União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de modo concertado e dirigido ao único fim objetivado** por todo o estado constitucional contemporâneo, que outro não é senão o respeito à **dignidade da pessoa humana**. É de se afirmar, com toda segurança, que a plena eficácia destes direitos demanda um pacto federativo equilibrado e sobremaneira vinculado ao atingimento destas metas sociais.

Logo, a harmonização dessas esferas de poder político, que somente se alcança com a perfeita distribuição de competências providenciada por uma federação justa e equilibrada, que saiba tratar os iguais com igualdade, e os desiguais, com desigualdades, na medida exata em que se igualem ou desigualem⁴², certamente redundará no incremento positivo dos direitos fundamentais sociais, na proporção que suas demandas variam, registre-se, conforme as peculiaridades de cada região.

A propósito disso, embora não seja objeto deste estudo a questão regional que é inerente tanto ao tema do federalismo como da igualitária distribuição dos direitos sociais, é consabido que enquanto na região sul as demandas por educação fundamental se encontrem em relativo grau de conforto, pode-se dizer que nas regiões norte, nordeste e parte do centro-oeste a realidade já não é a mesma, havendo bolsões de pobreza e distanciamento do poder público que vêm comprometendo não só o acesso à educação como também à moradia digna, à saúde, apenas para citar alguns direitos sociais mais evidentemente ignorados.

⁴² Para José E. Faria, citado na obra de Ingo W. Sarlet (*in* A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 5 ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2005, p. 284): “os direitos sociais não configuram um direito a igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios.”

Essas diferenças são perfeitamente mitigáveis através da prodigiosa utilização de nosso pacto federativo, em cujas bases se encontra a possibilidade de coordenação e cooperação entre os entes federados, atuando na conformidade das desigualdades vislumbradas, aqui mais uma vez sendo de significativa importância as normas organizacionais e procedimentais no sentido de serem eficientemente detectadas essas notórias diferenças regionais. Afinal, não se pode dar muito aos que já tem quase tudo e nada, aos que não tem quase nada! À propósito, existência de órgãos de desenvolvimento regional, como os recém reinventados SUDAM e SUDENE, são exemplos claros de que a efetivação dos direitos sociais, aqui através de políticas de desenvolvimento regional, não podem prescindir de estruturas institucionais fortes e bem organizadas, embora campeiem exemplos, lamentavelmente, em sentido contrário, onde graça a corrupção e má aplicação dos recursos públicos. A recriação destes órgãos significa a ratificação do entendimento de que, embora feita de erros e acertos, as estruturas precisam existir e voltar a funcionar eficazmente.

Nesse contexto, ganha corpo a principal hipótese de nossa pesquisa, a partir do momento em que as normas organizacionais e procedimentais atuam como forças conformadoras de estruturas que otimizem o pleno acesso aos direitos sociais, na medida em que dão não só ossatura jurídica a estes direitos como também podem incrementar a criação de instituições, fundos, órgãos e tudo o mais que a mente humana e a capacidade de gestão administrativa sejam capazes de nos oferecer para aproximar o poder público do cidadão, e vice-versa.

No tratamento jurídico dado à Federação cabem as mais variadas práticas organizacionais necessárias à compatibilização do modelo em cada sociedade que o adota. Assim, o federalismo não apresenta uma dimensão única, é mutável no tempo e no espaço.

Há outros exemplos concretos no caso brasileiro acerca da adoção de medidas já arrimadas em nosso concerto federativo, no sentido de concretizar os direitos fundamentais sociais por via de normas organizacionais e procedimentais.

É o que ocorre com o nosso Sistema Único de Saúde (SUS), que transita entre as esferas Federal e Municipal na consecução do direito social à saúde, através do repasse de recursos da União para as municipalidades. Assim o é também com o recentemente criado Sistema Único de Assistência Social (SUAS), que promove a expansão de recursos de diversos programas assistenciais como o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI) e o Programa de Assistência Integral à Família (PAIF).

Estes são apenas alguns exemplos de descentralização de recursos da União para distribuição aos Municípios. Há outros casos em que existe uma conjugação de esforços financeiros, com partida e contra-partida, como é o caso dos convênios para construção de moradias populares, para o fomento da educação, dentre tantos outros instrumentos.

Claramente se pode inferir dos exemplos acima que vem prevalecendo a aplicação de recursos do orçamento da União no direcionamento desses programas de inclusão social. Essa preeminência, contudo, não nos parece ser a ideal, sobretudo porque o conhecimento preciso acerca das demandas sociais, locais e regionais, está muito mais próximo dos Municípios e dos Estados.

Dessa maneira, deveria ser revista a própria densidade na repartição de competências administrativas de execução, entre os integrantes da Federação, de sorte a propiciar-se a descentralização de poderes para o fortalecimento das ordens periféricas diante da autoridade central. Esse novo arranjo, em nosso sentir, caberia ao legislador complementar (CF, artigo 23, parágrafo único), que está a dever regulamentação compatível com a realidade brasileira, que reúne tantas demandas sociais quantas são as diversificadas formas de solução para elas.

A própria edição da Lei Complementar de que trata o parágrafo único do art. 23, da Constituição Federal, parece-nos ser a futura linha mestra estruturante de um regime de cooperação entre o Poder Central e os Poderes Subnacionais, na realidade vindo ratificar nossa convicção de que em uma Federação Cooperativa necessita de uma espinha organizacional e procedimental adequada ao alcance ótimo dos direitos sociais, sobremaneira daquelas que dependem da atuação consorciativa de todos os agentes responsáveis.

O direito a prestações jurídicas, incluída na dogmáticas dos direitos prestacionais, e, em especial, no que se refere às normas de organização e procedimento, como tivemos oportunidade de discorrer, envolve não só aqueles inerentes a participação em algo (fazer parte de) como também abrange o direito de criação de normas estruturas e instituições que comportem de algum modo a otimização da tutela dos direitos sociais. Logo, da interseção em estudo, extrai-se que não só as normas procedimentais e organizacionais podem assegurar ao indivíduo posições jurídico-subjetivas no sentido de lhe preservar o atendimento social seja perante a União, Estados ou Municípios, via certos procedimentos próprios, como também podem consistir na própria criação de novas normas estruturantes de órgãos, fundos, enfim, elementos materiais fundantes de uma interrelação entre aquelas esferas.

Portanto, seja para criar regras que simplesmente garantam, pela sua existência mesma, certos direitos à organização e ao procedimento, seja para emissão de normas que criem estruturas organizacionais e procedimentais, tais regras impõem influência direta na interseção do federalismo com os direitos sociais. As regras de dimensão organizacional e procedimental apresentam características que diretamente influenciarão o regime jurídico dos direitos fundamentais sociais, como resultado do regime federativo cooperativo. Se há tendência pela cooperação, ou mesmo se há necessidade de um resgate sério desse regime para a realidade brasileira, o primeiro caminho a se trilhar, em nossa humilde ótica, será pelo do fortalecimento da ossatura institucional dos direitos à organização e ao procedimento.

5. CONCLUSÃO

O pacto federativo de 1988 obedece uma vocação democrática sem precedentes em nosso país. Seu grau de abertura e pluralismo se reflete diretamente no reconhecimento de uma vasta gama de direitos e garantias individuais, o que se estende para a cobertura de um invejável leque de direitos fundamentais sociais, como saúde, educação, moradia, previdência social, dentre outros.

A divisão de competências experimentada também é reflexo dessa proposta de abertura democrática, importando para o texto da Lei Fundamental uma elasticada capacidade de ação por parte de Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios se comparada aos padrões da Carta Outorgada de 1967 e 1969, em cujos termos pode-se afirmar que não passou de um Federalismo meramente formal.

Dentro desse quadro, e ao perceber que os direitos sociais merecem fundamental atenção dos poderes públicos, sem o que não se efetivam no plano concreto, temos por certo que é do rol de competências comuns⁴³ que emerge a possibilidade dos entes federados estabelecerem uma permanente interação, baseado na cooperação, criatividade e coordenação, no sentido de buscarem o melhor incremento dessas garantias.

O que se sustenta é que nosso modelo federativo pode ser pródigo na consecução dessas metas sociais, pois é da comunicação entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, na conformidade das peculiaridades regionais brasileiras, e, sobretudo, por via das normas de organização e procedimento inerentes à dogmática dos direitos fundamentais, que se poderá atingir em maior grau de eficiência a totalidade dos indivíduos.

⁴³ Este rol está em plena harmonia com os direitos sociais previstos nos artigos 6º, da CF/88.

O esforço compartilhado dessas esferas federativas, cada um contribuindo na medida de suas forças e com base em estruturas organizacionais fortes e bem coordenadas, chegando-se sempre a uma soma, representa muito mais do que suas atuações isoladas. Além do mais, nossa Constituição não foi desenhada para um afastamento destes entes, principalmente quando se cogita da persecução da mitigação das desigualdades sociais. Não, pelo contrário, prevê expressamente que Lei Complementar fixará normas para cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar no âmbito nacional (art. 23, parágrafo único).

Este dispositivo de nossa Lei Fundamental lança a pedra fundamental que consagra em nosso direito constitucional a cooperação não só como uma faculdade a ser partilhada entre os entes federados, mas como **autêntico dever de Estado**, gerando reflexos nos critérios hermenêuticos de nosso controle de constitucionalidade⁴⁴ e, mais pragmático do que isso, a ratificação da imprescindível formação de estruturas normativas organizacionais e procedimentais eficazes à máxima efetividade dos direitos sociais.

⁴⁴ Em princípio, teríamos uma implicação subjetiva, mesmo sem a edição de lei complementar, no dever de tratamento igualitário das unidades federadas, isto, é claro, na medida de suas igualdades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Competências na Constituição de 1988. 3 ed. São Paulo : Atlas, 2005;

BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1995;

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS. 1 ed. 2ª tiragem. Brasília : Brasília Jurídica, 2002;

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional. 5 ed., Coimbra : Livraria Almedina, 1992;

DALLARI, Dalmo de Abreu. O Estado Federal. São Paulo : Ática, 1986;

HORTA, Machado Horta. O FEDERALISMO NO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Rio de Janeiro, Ano XVII, n°s 19 e 20, p. 223-249, 1º e 2º Semestres de 2001

KATZ, Ellis. Aspectos Constitucionais e Políticos do Federalismo Americano. Trad. Artur Lima Gonçalves. Revista de Direito Público, jan./mar. 1983;

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. PACTO FEDERATIVO. Belo Horizonte : Mandamentos, 2000;

MENDES, Gilmar Ferreira. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS. 1 ed. 2ª tiragem. Brasília : Brasília Jurídica, 2002;

PINTO FERREIRA. Comentários à Constituição brasileira. São Paulo : Saraiva, 1989;

RAMOS, Dircêo Torrecillas. O FEDERALISMO ASSIMÉTRICO. 2 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000;

SARLET, Ingo Wolfgang. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 5 ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2005.

_____. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado / Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.

SIMM, Zeno. Os Direitos Fundamentais e a Seguridade Social. 1 ed. São Paulo : Ltr, 2005;

WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e Federação na Constituição Brasileira. 1. ed. Rio de Jeneira : Lumen Júris, 2004.

ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3ª edição, Lisboa: Fundação Caloustre Gulbenkian, 1997.