

FEDERALISMO, DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS

FEDERALISM, SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHTS AND SOCIAL PUBLIC POLICIES

Rogério Luiz Nery da Silva¹

Robison Tramontina²

Resumo: Este trabalho foi realizado, no contexto do grupo de pesquisa em direitos sociais da UNOESC (Universidade do Oeste de Santa Catarina), a partir de pesquisa bibliográfica e estudo de campo sobre direito regional e federalismo, ainda em desenvolvimento, na Europa (Itália e Espanha) e constitui uma primeira aproximação de uma investigação inesgotável a ser desenvolvida com maior aprofundamento nos próximos meses, no contexto de convênio de cooperação acadêmica com as universidades de Palermo e Universidade Autônoma de Barcelona. O texto busca chamar a atenção para a necessidade premente de se bem estudar o fenômeno federalista, como instrumento prestacional dos direitos sociais de conhecimento obrigatório. O Federalismo pode ser estudado a partir de diversas matrizes, desde a sua concepção associativa e seu duplo objeto: a um fortalecer o todo com a reunião das partes – pela soma das forças de diferentes entes federados; a dois, melhor representar o todo pela divisão em diversos núcleos autônomos de exercício do poder – confere-se maior visibilidade aos exercentes do poder e maior acesso aos que dele precisam se beneficiar. A vertente funcional, materializada por sua adoção como forma de governo comporta múltiplas considerações; entretanto, a faceta que mais suscita maior palpitação no debate científico-acadêmico é justamente a adequação ou não da fórmula de distribuição de competências – receita de sucesso ou de desastre na gestão política de um Estado. Ao tratar-se de efetividade de políticas públicas sociais, ultrapassada a discussão de a quem cabe prestá-los, recai, seja total, seja parcialmente, sobre o ente estatal. É nesse ponto em que se faz indispensável conhecer a complexa trama de inter-relação entre os entes federados e suas competências para que se possa melhor avaliar a quem cabe executar as prestações de efetivação dos direitos sociais.

Palavras-chave: federalismo; administração pública; políticas públicas; direitos fundamentais sociais

Abstract: This essay was done in the context of the research group on social rights at Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), from literature and field studies on regional law, which is being conducted in Europe (Italy and Spain) and it means a first approach on a never ending challenge to be developed in a deeper/higher level in the context of a multiple agreement with Universidad Autónoma de Barcelona and Università degli studi di Palermo. This paper seeks to draw attention to the urgent necessity of studying the federalist phenomenon in its solidarity as an social instrument of required knowledge. Federalism can be studied from several arrays, the associative one, from its conception and its double object: a strengthening of the meeting with all parties – the sum of the power from different federal states, the two best represent the whole by dividing nuclei in several

¹ Pós-doutor em Constitutional Law (New York Fordham University School of Law – EUA), Doutor em Direito Público (UNESA), Professor-doutor da Disciplina de Políticas Públicas de Efetivação dos Direitos Sociais, no Programa de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Mestrado em Direito (UNOESC); Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais Sociais da UNOESC; Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e da Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (FEMPERJ).

² Doutor em Filosofia (UFSC), Professor-doutor da Disciplina de Filosofia do Direito e Multiculturalismo, no Programa de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Mestrado em Direito (UNOESC); Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais Sociais da UNOESC.

autonomous exercise of power – it gives a higher visibility to those who work on it and also greater access to those who will be in need of its benefit. Still in the functional aspect, embodied by its adoption as a form of government it involves multiple considerations, however, the aspect that raises more discussions in the higher academic-scientific debate is precisely the adequacy or otherwise allocation formula for competence division under the Constitution – recipe for success or disaster on state management policy. When dealing with the effectiveness of social policies, most outdated discussion is about who should provide them, either full or in part, on the state entity. It is at this point that it is essential to comprehend the complex web of interrelationships between federal and skills so that they can better assess who should run the social benefit for the realization of social rights.

Key-words: federalism; public administration; public policies; social fundamental rights.

1. O FEDERALISMO

Como o Federalismo pode ser estudado a partir de diversas matrizes, será na concepção associativa com seu duplo objeto: o de somar para fortalecer o todo pela resultante e o de dividir, por muitos centros de poder em busca da eficiência ótima, bem apropriada se mostra a lição extraída da aproximação entre Federalismo e Democracia por Oliveira (2010, 21), na qual se distingue o “federalismo para unir” do “federalismo para manter a união”, em que o primeiro protege os cidadãos do excesso de poder pelo ente central, em esforço contramajoritário antitirania, de modo a perseguir uma conjugação de forças capaz de limitar o poder central. Portanto, infere-se a paradoxal convivência entre dois aspectos aparentemente contrapostas: manter a coesão entre as partes e respeitar os particularismos de cada uma delas. Garcia-Pelayo (1984, 218) a seu turno menciona a unidade dialética de duas tendências contraditórias: a unidade e a diversidade. A respeito dessa dicotomia, Torres (2004, 126) pontua a concentração da doutrina constitucionalista quanto à tensão estabelecida no pacto federativo, segundo a qual há uma conjugação de elementos para fortalecer o poder central e uma especial atenção em respeitar o teor autonômico dos entes federados (subnacionais).

Realizada esta provocação inicial, vejamos a ideia de federalismo, que decorre do vocábulo latino “foederis”, a significar “associação”; também, de igual matiz, a relação entre o Estado Federal e seus entes políticos é estabelecida mediante o traçado de objetivos comuns, que por isso mesmo operam de forma integrativa, formando uma liga indissociável, com o intuito de constituir um único estado soberano, embora seus componentes guardem para si a prerrogativa de

atuação com autonomia, cuja noção a federativa, por sua vez, se manifesta sob quatro vertentes predominantes: 1) auto-organização, 2) autogoverno, 3) auto-organização e 4) autoadministração.

A um, auto-organizar-se significa realizar as escolhas, em termos de decisões políticas fundamentais, tais como a definição da forma de estado, da forma de governo, do regime de governo, segundo sua própria autodeterminação, mediante a identificação dos legítimos interesses dos governados.

A dois, autogovernar-se engloba nomear seus governantes e servidores, criar seus órgãos e de realizar as escolhas políticas atinentes aos objetivos nacionais, pelo traçado de políticas públicas supremas – em nível de planejamento estratégico estatal (político, econômico e social) a orientar o desenho das gerais a estas subordinadas, conforme a política conjuntural.

A três, auto legislar refere-se ao exercício legiferante sobre temas de interesse regional, segundo a observância das normas legislativas insculpidas na Constituição, conforme as competências a si distribuídas, dentre as diversas esferas estatais: federal, estadual, municipal e distrital (esta última cumulativa das duas anteriores); pode dar-se de forma privativa, quando restrita a um único tipo de ente federativo ou concorrente, quando compartilhada por dois ou mais tipos de entes distintos.

A quatro, por derradeiro, autoadministrar-se realiza a própria administração dos interesses públicos, conforme as modalidades de exercício objetivo ou material, segundo o magistério de Moreira Neto (2006, 300 *et seq*), ou seja: prestação de serviços públicos, aplicação do poder de polícia (regulatório, fiscalizatório e coercitivo), implementação de fomento público e intervenção do Estado na esfera privada.

Equívoco, entretanto, é considerar sinônimos: federalismo e estado federal. Não resta dúvida que o Estado Federal adota formalmente as noções do federalismo, mas tal assertiva não torna isso uma exclusividade sua. Ao contrário, hoje, muitos estados tradicionalmente unitários exercitam uma descentralização do exercício do poder em seus territórios, patrocinado pelo próprio poder central ou, no

mais das vezes, por meio de pressões e esforços de iniciativa regional, complementada pelo poder local (TORRES, 2012, 17).

Na visão de Silva (2010, 550), entretanto, há uma distinção entre a descentralização operada nos estados federais – que seria político legislativa, e a dos estados regionais, em que a autonomia se faria predominantemente na vertente político-administrativa, portanto, em planos distintos, conforme a formalização do compromisso com a forma de governo.

A Itália é um exemplo de estado regional, composto de 20 (vinte) regiões, com descentralização de autonomias legislativas e administrativas em geral, dadas por determinação da própria constituição italiana que, desde 1948, menciona “reconhecer, proteger e promover a autonomia local”, muito embora, tal previsão só tenha vindo a ser operacionalizada de modo geral, bem mais recentemente, no último quartel do século XX, pois inicialmente só as autonomias especiais existiam. Hoje, cada região possui um Conselho Regional, que se encarrega da legislar no interesse regional. O Executivo é exercido pela Junta Regional, cujo presidente é também o presidente da região. As regiões são compostas por Províncias, num total de 110 (cento e dez) e estas divididas em Comunas, em número total de 1810 (mil oitocentos e dez).

A Itália caracteriza um estado regional heterogêneo, pois há duas classes de regiões com distintas autonomias. As que detêm autonomia com estatuto especial, em número de 5 (cinco), obtiveram suas autonomias por fatores étnicos, culturais, linguísticos ou geográficos e possuem uma espécie de lei orgânica, com *status* constitucional, que lhes garante ampla autonomia, podendo, por exemplo, arrecadar e reter consigo grande parcela da receita dos tributos, são elas: Sicília, Sardenha, Trentino-Alto Ádige, Veneza-Júlia e Vale D'Aosta. Já as que detêm autonomia com estatuto ordinário, no total de 15 (quinze), foram estabelecidas nos anos 1970, justamente com o fim de descentralizar o exercício do poder estatal pelo regional; muito embora a autonomia financeira ainda seja tímida, a reforma constitucional de 2001 ampliou a autonomia dessas regiões e reduziu os controles sobre as mesmas, como, por exemplo, pela retirada dos comissários do governo central.

Outro exemplo digno de nota é o da Espanha, enquadrada como “estado autônomo”, com modelo de descentralização proposto pela Constituição de 1978, no contexto da transição do regime franquista para a democracia, quando se passou a reconhecer o direito à autonomia das nacionalidades componentes do estado espanhol e das próprias regiões – Comunidades Autônomas (17) e cidades autônomas (2): Melilla e Ceuta, que, ao formularem os seus estatutos comunitários, propuseram o desenho e o alcance de suas respectivas autonomias, a fim de serem homologados pelo poder central e confirmadas as abrangências de suas autonomias, sendo as comunidades, portanto, protagonistas de sua própria autodeterminação – exemplo de perseverança política. Registra-se, hoje, um impasse em torno do debate político quanto a constitucionalidade do Estatuto da Catalunia, que segundo o poder central, teria extrapolado os limites conceituais da autonomia.

Por esses dois exemplos é que entendemos não haver uma associação direta entre o grau de autonomia e a opção formal pelo modelo unitário ou federal, uma vez que, tanto na Itália como na Espanha – estados de índole regional, embora se tratem de estados unitários descentralizados, a noção de centralização do poder passa longe; possuídas por intenso pensamento federalista, sempre estimulado pelas elites intelectuais e políticas locais e regionais, pode-se dizer, sem embargo, que o grau de descentralização e de autonomia vivido por suas regiões, por vezes, ultrapassa sem margem a exagero o de muitos estados formalmente declarados repúblicas federativas, mas que apresentam uma concentração massiva de poder no ente central da federação, em detrimento da autonomia dos entes federados periféricos.

Retomando a discussão pela ótica federalista, historicamente, a primeira manifestação federalista teve por berço a originária experiência norte-americana de formulação estatal, na sequência de sua libertação do domínio britânico, muito embora tenha adotado primeiramente o modelo confederativo, depois, substituindo-o pelo federativo. A iniciativa criadora oitocentista não teve referencial precedente na história humana, na busca da soberania, para preencher os contornos do clássico trinômio estatal: povo, território e soberania, os colonos ingleses e o povo americano irromperam o movimento de separação do Estado inglês, tornando as treze colônias

britânicas, instaladas na costa leste da América do Norte, independentes, sob a forma de um novo Estado confederado, modelo, até então, inédito.

O modelo confederado, também identificado pela associação de diversos estados previamente existentes, tem por diferencial o fato de os entes formadores conservarem suas soberanias originárias e o aspecto jurídico-político de o liame de vinculação entre os mesmos se dar por intermédio de um tratado firmado entre os mesmos, acordo este que admite a possibilidade de denúncia, ou seja, autoriza a livre opção de retirar-se do grupo a qualquer dos entes formadores, hipótese caracterizadora da secessão da Confederação.

Especial destaque à participação nesses episódios de Alexander Hamilton, James Madison and Jonh Jay, autores da obra *The Federalist Papers*, recentemente reproduzido em obra organizada por Kesler (1999, 27)³. “O Federalista”, em sua composição constou de 85 artigos, em que buscavam os autores convencer o povo de Nova York a aceitar a nova Constituição, fruto da Convenção da Filadélfia, com três aspectos centrais: a um, a adoção do Federação, em substituição à Confederação; a dois, discussões sobre a natureza humana e a necessária separação de poderes; a três, a conveniência da forma republicana de governo.

No caso americano, diversos episódios históricos, com especial destaque para a declaração da abolição da escravatura, constituíram vetores de estímulo à ruptura com o modelo vigente, fazendo eclodir sangrento conflito civil que perduraria por anos, como fator de pressão; também o exercício da soberania conservada pelos estados, sem limites bem definidos, contribuiria para o estabelecimento de sérias tensões entre os estados “tidos” por unidos, com a adoção de comportamentos que

³ “After un unequivocal experience of the inefficacy of the subsisting federal government, you are called upon to deliberate on a new Constitution for the United States of America. The subject speaks its own importance; comprehending in its consequences nothing less than the existence of the UNION, the safety and welfare of the parts of which is composed, the fate of an empire in many respects the most interesting in the world. It has been frequently remarked that it seems to have been reserved to the people of this country, by their conduct and example, to decide the important question, whether societies of men are really capable or not of establishing good government from reflection and choice, or whether they are forever destined to depend for their political constitutions on accident and force. If there be any truth in the remark, the crisis at which we are arrived may with property be regarded as the era in which that decision is to be made; and the wrong election of the part we shall act may, in this view, deserve to be considered the general misfortune of the mankind. This idea will add the inducements of the philanthropy to those of patriotism, to heighten the solicitude which all considerate and good men must feel for the event. Happy will be if our choice should be directed by a judicious estimate of our true interests unperplexed and unbiased by considerations not connected with the public good.” (Hamilton, article 1)

descumpriam os ditames da confederação, mas que restavam imunes a sanções pelo fato de serem os estados soberanos.

Com isso, identificava-se a necessidade de os estados renunciarem às prerrogativas de soberania, para substituírem-na pelas da autonomia, submetida, portanto, hierarquicamente ao estado federado soberano. Renovava-se o desenho político dos Estados Unidos da América, agora, mediante novo instrumento amalgamador – a adoção de uma constituição nacional federal, revestida de características de indissolubilidade, portanto, inibidora de qualquer desiderato separatista.

Verificou-se, desta forma, a instauração um liame de relacionamento vertical entre os entes federados, ou melhor, entre estes e o ente central, no qual apenas o somatório de todos se investe das características e prerrogativas de estado soberano, como se pode diretamente confirmar em consulta ao constante da Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, como por exemplo, o art. 1º, seção X, 1 e 2, ao cuidar das limitações impostas aos estados-membros e do art. 4º, este versante sobre o relacionamento entre os estados-membros (ALVAREZ *et* NOVAES FILHO, 2008, 42-60).

Embora os entes componentes exercitem a autodeterminação, consoante as competências traçadas pelo constituinte originário e mesmo derivado, tal arcabouço será representado pela autonomia federativa, concretizada a partir das atribuições concernentes à auto-organização, ao autogoverno; à auto legislação e à autoadministração, que, ao menos em tese, não se subordinam ou não se subordinariam à União. Justamente será o grau de inter referência, interdependência e mesmo interferência entre a União e os estados-membros que determinará pela adoção de um federalismo de equilíbrio ou um federalismo com deslocamento de poder: se a polarização da força se concentrar sobre a União, tem-se o federalismo centrípeto, se, ao contrário, concentrar poderes e atribuições em favor de maior autonomia dos estados-membros, tem-se o federalismo centrífugo, que no caso americano, a doutrina é convergente em apontar como o adotado.

No estado federal, a Constituição se sobrepõe a todos os entes federados, estabelecendo uma força conformativa, que cumpre essencialmente três papéis

principais: a um, a criação do Estado, em sua gênese formal, fixadas as inter-relações entre os poderes constituídos e os entes federados; a dois, a limitação do exercício do poder pelo Estado e, a três o estabelecimento dos fundamentos de existência e validade da ordem jurídica a vigorar no Estado, a saber:

A um, a “criação” do Estado, traduzida em três verbos principais: instituir, estruturar e organizar o poder. O “instituir” traduz a adoção da “decisão política fundamental”, conforme a teoria schmidtiana, ao que se determina a forma de estado, a forma de governo e seu regime, além de outras orientações político e mesmo ideológicas. O “estabelecer” destina parcelas de atribuições, segundo sua maior aderência legiferante, administrativa ou jurisdicional, para exercício por grupos de servidores estatais distintos, denominados “Poderes”, Legislativo, Executivo e Judiciário. Por fim, o “organizar” que também distribui parcelas de atribuições, denominadas por atecnia de “competências”⁴, aos entes federados nos quais se desdobra o estado federal.

A dois, o papel que é o de impor limites ao exercício do poder pelo Estado se materializa por via de três matrizes: a) a separação dos poderes estatais, com base em sua independência, mas compensada sob a forma de harmonia balanceada por pesos e contrapesos (*check and balances*)⁵, na própria visão de Madison in Kesler (1999, 317-322) b) o proteção e garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos e, c) pelo cumprimento dos ditamens de interesse coletivo, de busca do bem comum, sob a forma da adoção de políticas públicas vinculadas, no plano maior, aos delineamentos constitucionais sociais, positivados como objetivos e fins do estado.

Por derradeiro, a três, seu papel constitucional de posicionar a carta política no ápice da pirâmide jurídica, a servir de fundamento de existência e validade à ordem jurídica, fixando no seu próprio conteúdo positivado o devido processo legislativo, a partir do qual estabelece a formação das regras legislativas e se

⁴ É voz comum no meio jurídico que o termo “competência” é de atribuição exclusiva do Poder judiciário, porque inerente à jurisdição; aos demais deve ser empregado tão somente o termo “atribuição” para designar as tarefas em relação às quais tem o poder-dever de exercer as prerrogativas, cumprir e fazer cumprir as determinações constitucionais.

⁵ Mas, o que é o próprio governo, senão a maior das críticas à natureza humana? Se os homens fossem anjos, não seria necessário governo algum. Se os homens fossem governados por anjos, o governo não precisaria de controles externos nem internos”. (MADISON, The Federalist, art. 51, p. 317-322)

controla a hierarquia entre as normas jurídicas, já que – predominantemente – originadas do Parlamento, devem respeitar a Constituição, sob uma noção de supremacia e rigidez constitucionais necessárias. Nunca é demasiado refrisar que o liame constitucional federativo é impositivo, petrificado, sob a forma de “aliança indelével e eterna”, como pacto proibitivo de retirada ou afastamento dos entes federados, já que presente a indissolubilidade dos laços federativos.

Sob o título de “defesa do Estado e das instituições democráticas”, as constituições nacionais costumam delinear institutos materiais e procedimentais voltados a salvaguardar seus interesses maiores, tais como a intervenção federal, o estado de sítio e o estado de defesa, variando, por certo, quanto à denominação, de estado para estado, mas sempre voltados a autorizar, excepcionalmente, comportamentos de preservação e regeneração, ante eventual e concreto risco à integridade nacional ou de suas instituições.

O cerne da ideia federativa está em descentralizar poder, por meio da divisão ou distribuição de atribuições (competências), o que, por via de regra, segue critério de identificação regional pela chamada “predominância do interesse”, a partir de pertinência e aderência materiais, e, desde que devidamente observadas – em última análise – favorecem a preservação dos laços de harmonia entre os entes federados.

Conforme a forma de distribuição das atribuições no contexto do estado federal, Pinto Ferreira (1989, 395) classifica a modalidade de federalismo adotada:

A um, tem-se o Federalismo Dual, Clássico ou de Equilíbrio, no qual a repartição confere atribuições nominadas à União e restam aos Estados as atribuições residuais (não enumeradas) – forma original do modelo norte-americano.

A dois, tem-se o Federalismo Neoclássico, no qual se verifica uma gradual concentração de poderes em torno da União, conforme uma dinâmica centrípeta, modelo predominante na maioria dos países de pouca tradição federativa e de desenvolvimento recente.

A três, tem-se o Federalismo Racional ou Hegemônico, no qual as atribuições em forma de competência legislativa se dividem, uma parte exclusivamente

destinada à União e outra de forma concorrente entre a União e os estados-membros – é o utilizado pela Alemanha, Índia e Canadá.

A dinâmica da concentração de poderes pode se dar, tanto em relação aos estados (federalismo centrífugo), como em relação à União (federalismo centrípeto); pode ainda se verificar um equilíbrio entre a distribuição central e periférica no chamado Federalismo de Equilíbrio.

2. O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO

Enquanto os movimentos de independência ocorridos na América espanhola redundaram no surgimento de diversos estados, de origem comum, mas fundamentalmente distintos entre si, na América portuguesa, formou-se um único estado – o Império do Brasil, marcado pelo exercício centralizado do poder, a copiar o modelo de gestão colonial lusitano, em vigor por três séculos de dominação daquela corte. Tal opção, se de um lado, demonstrou favorecer a preservação da unidade territorial do novo país, ao contrário do ocorrido com os vizinhos de origem espanhola, que se fragmentaram em muitos estados de menor porte, por outro lado, dificultaria, o desenvolvimento regional, centralizando atenções, esforços, investimentos – e, por lógico, o crescimento – de determinadas áreas, onde se verificara maior efervescência política, econômica e cultural, para inconformismo das demais.

Assim, embora historicamente centralista, o Brasil, com o advento da República, proclamada em meio às múltiplas crises políticas da monarquia centralista, tentava se afastar da instabilidade até ali reinante para buscar ingressar em nova realidade, inspirada nos auspícios da revolução industrial, aqui ainda incipiente, fora as iniciativas do Barão de Mauá. Contudo, o risco de eventual e até provável “contrarrevolução” conservadora, patrocinada pelos monarquistas, ali politicamente derrotados, foi decisivo para a escolha do novo regime de governo. Explica-se:

O sistema federativo brasileiro, adotado pela República, era mais coerente com o extenso perfil territorial do novo Estado brasileiro, portanto, mais identificado com o atendimento das necessidades de exercício dos poderes regionais e locais e

das necessidades do povo brasileiro, o que se firmou mediante o estabelecimento de um acordo costurado entre os republicanos “revolucionários” e as expressões políticas das províncias, dali em diante, alçadas à condição de estados-membros da federação.

Os Estados, uma vez elevados à condição de unidades federativas autônomas, serviriam de cordão político de proteção da República, contra as potenciais iniciativas de se restaurar a monarquia, ainda latentes, pois, por certo, não admitiriam retornar à condição de meras províncias sem autonomia.

Com isso, ao menos em tese, o exercício do poder estaria encaminhando-se para ser distribuído de forma mais equitativa pelo espaço territorial brasileiro, ou seja, fortalecia-se o Estado brasileiro, por manter-se unido – único, mas, desta feita, descentralizava-se a prestação das funções estatais por diversos núcleos de poder regionais, que seriam, certamente, os primeiros a reagir a qualquer inspiração de reinstalação monárquica, portadora da ameaça de redução de sua recém-conquistada autonomia, ante o retorno à condição de províncias imperiais desprovidas da mesma.

Pretende-se, com isso, denunciar que a elevação das províncias ao *status* de estados-membros, historicamente, foi muito mais uma decisão estratégica, em termos de disputa do poder, do que, efetivamente, viesse a representar um amadurecimento da aptidão daquelas unidades para o exercício de uma autonomia autêntica e efetiva.

A República federativa de 1889, embora representasse uma descentralização do poder pelos diversos núcleos estaduais, na prática, o faria de forma muito tímida, pela própria incapacidade dos novos estados em se firmarem como polos atrativos do poder. A modéstia dos novos estados-membros foi, portanto, decisiva na configuração de uma federação de origem distribuidora, mas, de configuração final centrípeta, com notada distribuição centralista do poder.

O Brasil ao adotar o modelo federal a partir de um estado unitário para reparti-lo em núcleos de exercício de poder regional, derivados das antigas províncias, atribuiu-lhes inédita autonomia federativa, para cujo exercício não se encontravam suficientemente amadurecidas; com isso, percorreu caminho contrário dos Estados

Unidos, pois estes consolidaram o seu federalismo a partir de uma experiência revolucionária e convergente em torno de um poder central, com 13 Colônias que preexistiam separadamente, submissas à Coroa Britânica e que ali lutavam por sua soberania, segundo ideal confederativo.

Ramos (2000, 162) considera o caso americano um exemplo de situação em que o povo precedeu ao poder; já no Brasil, o poder precedeu ao povo, pois a população brasileira recebera um pacote fechado, pronto, sem ter tido a nem a capacidade, nem a possibilidade de participar do processo gestacional da nova forma de governo, enquanto a americana viveu intensamente cada passo do processo de criação do estado norte-americano.

Portanto, o Brasil era um estado independente, sob regime monárquico, com governo unitário e centralizador – daí verificar-se sua pouca vocação à autogestão por parte das províncias, acostumadas à concentração do poder sobre o Governo Central, este mesmo nitidamente ligado à metrópole originária; já os Estados Unidos eram colônias em busca de independência, pugnando pela liberdade – daí o espírito de autodeterminação muito mais instigado, sua opção buscava renegar a monarquia londrina e sua experiência de vida política, até ali, era de existência separada umas das outras e, embora fossem colônias, viviam separadas e com parcelas de poder descentralizado, o que também corroborava sua aptidão à autonomia.

O Brasil adotou inicialmente o federalismo dual, com a tradicional atribuição de poderes à União, restando aos estados, as matérias não expressamente enumeradas (omissas) como forma de competência residual, o que de certo modo representou, ao menos formalmente, uma tendência à descentralização. Magalhães (2000, passim) considera que as Constituições mais democráticas desvelaram tendência descentralizadora em favor dos estados, mais abertas à participação dos estados, tal como se sucedeu com a constituição de 1934 – primeira a estabelecer competências concorrentes entre a união e os estados-membros ou a de 1946 que restaurou a democracia, após a ditadura varguista.

Em sentido oposto, reitera o autor, a Constituição de 1937 – de natureza sócio-facista – fortaleceu de forma demasiada o poder central, alterando, como aparato de controle político, a repartição de competências, em favor da União e

restringindo a participação dos estados na seara de matéria concorrente. Já a constituição de 1967 e a EC nº. 1/69 são consideradas nominais segundo a classificação löewensteiniana, inspirando uma Federação igualmente nominal, com intensa concentração em favor da União, havendo quem considere uma regressão ao modelo unitário descentralizado, denominado por certos autores de "Federalismo de Integração", levando a confundir as figuras da Federação e da União.

A Constituição de 1988 remodelou de forma radical o federalismo brasileiro, ao adotar novos paradigmas democráticos, reconhecendo a autonomia aos municípios, que somam mais de 5.500 unidades de federação; tal medida, por si só, se mostrou razoavelmente discutível, desde seus obstáculos ao autofinanciamento do orçamento municipal, passando pela natural dificuldade de controle de *accountability*, até alcançar avaliação mais requintada quanto aos óbices à governabilidade; conferiu-se ampla liberdade, sem estipular proporcional sistema de controle, a entes, muitas das vezes, despreparados para a autogestão política.

Ademais, se de um lado receber amplas competências pode soar como outorga de poder e certo grau de discricionariedade, por outro, também confere deveres vinculativos diversos, pelos quais os municípios passaram a ser chamados a responder, em solidariedade com os estados e mesmo com a União⁶ por diversos serviços públicos. Assim, detentores de orçamentos significativamente menores, os municípios também passaram a se ver responsabilizados⁷ também em caso de

⁶ Exemplos do inter-relacionamento União-municípios são: a um, o Sistema Único de Saúde (SUS), conjugado pelas esferas Federal e Municipal, com repasse de recursos da União para as prefeituras; a dois, o Sistema Único de Assistência Social (SUAS), promotor do: Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI) e do Programa de Assistência Integral à Família (PAIF); a três, registram-se diversos convênios para expansão da oferta de moradias e para fomento das atividades educacionais.

⁷ O Supremo Tribunal Federal assim decidiu a respeito: "O art. 30 da Constituição Estadual (CE) impõe aos Municípios o encargo de transportar da zona rural para a sede do Município, ou Distrito mais próximo, alunos carentes matriculados a partir da 5ª série do ensino fundamental. Há aqui indevida ingerência na prestação de serviço público municipal, com reflexos diretos nas finanças locais. O preceito afronta francamente a autonomia municipal. Também em virtude de agressão à autonomia municipal tenho como inconstitucional o § 3º do art. 35 da Constituição estadual: 'as Câmaras Municipais funcionarão em prédio próprio ou público, independentemente da sede do Poder Executivo'. Isso é amplamente evidente. (...) Por fim, é ainda inconstitucional o § 3º do art. 38 da CE, já que os limites a serem observados pela Câmara Municipal na fixação dos subsídios do Prefeito e do Vice-Prefeito estão definidos no inciso V do art. 29 da Constituição de 1988, não cabendo à Constituição estadual sobre eles dispor. Há, aqui, afronta à autonomia municipal." (ADI 307, voto do Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 13-2-2008, Plenário, DJE de 1º-7-2009.)

prestação deficiente de certos serviços públicos, sobre os quais não teriam atribuição se não tivessem sido alçados à condição de autônomos.

As alterações, portanto, não se mostraram suficientes para estimular uma repartição mais ajustada das competências entre os entes federativos, ao contrário, criou-se uma euforia pelas novidades, mas que em muito pouco representou avanço em termos de realidade social. As matérias de importância nodal permanecem cobertas pelo manto da exclusividade da União, em detrimento dos Estados e Municípios, o que, para massiva parcela da doutrina nacional, se compreende pelo histórico de presidencialismo adotado por regime de governo.

A discussão sobre a eficácia da prestação dos direitos sociais previstos pelo texto constitucional de 1988 aos administrados, notadamente em relação ao desenvolvimento e implementação das políticas públicas de efetivação desses direitos, perpassa a questão de exercício do poder, seja quanto a sua distribuição horizontal – na separação entre as funções públicas: Legislativa, Administrativa e Jurisdicional, seja quanto a sua distribuição vertical – na separação entre as esferas dotadas de autonomia no Estado brasileiro: União, estados-membros, municípios e Distrito Federal –, a partir do modelo federativo *sui generis* da República Federativa do Brasil.

A título de nota, as qualificadoras “horizontal” e “vertical” acima empregadas são racionalmente compreensíveis: a primeira, a partir da noção de equidistância e inexistência de hierarquia entre os poderes constituídos, que, mesmo independentes entre si, se veem equilibrados pelo sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), podendo se entrelaçar em controle mútuo, cada um aos demais, pelo exercício de funções atípicas, expressamente autorizadas pela Constituição – daí, falar-se em horizontalidade, em prestígio a certa igualdade; já a segunda qualificadora, embora originariamente coberta pela mesma presunção de igualdade de forças entre as esferas federal, estaduais e municipais, em um contexto de federalismo dual tradicional, finda por se mostrar, paradoxalmente verticalizada, dada a concentração massiva da força nas mãos da União, em detrimento dos estados e municípios, o que se verifica mediante breve esforço de leitura histórica

Ao longo deste mais de um século de República, o quadro político da federação sofreria alguns ajustes, notadamente com o advento da Constituição de 1988, que elevou também os municípios ao *status* de entes dotados de autonomia federativa, mas, nem assim, se alterou o quadro de densificação do poder federal, já que a distribuição de atribuições federativas constitucionais prevê extenso rol de competências exclusivas (art. 21) e privativas (art. 22) da União, contra a improvável faculdade de delegação destas últimas (art. 22, parágrafo único), mediante a edição de lei complementar, em face de controvertida lista de atribuições legislativas que, embora concorrentes, se defrontam com um polêmico critério de complementaridade, que, segundo a Constituição, em tese, autoriza os estados-membros (art. 24) e municípios (art. 30)⁸ a legislar sobre aquelas matérias, em atendimento de suas particularidades.

A União, em tese, ocupa-se das questões maiores, pelo exercício de poderes gerais relativos às políticas de governo, mas, mesmo em sede da sua competência privativa, em matéria tais como exportação, importação, seguridade social, educação e política monetária, pode-se trabalhar com a faculdade de delegar algumas dessas atribuições aos estados por meio de legislação complementar, consoante os preceitos do art. 22, parágrafo único da constituição de 1988, ultrapassando, portanto a noção de competências concorrentes do tradicional modelo de federalismo centrífugo, já insculpidas nos parágrafos 1º a 4º do artigo 24, da mesma carta, no qual concorrem matérias tais como as políticas econômica, financeira e tributária.

Aos estados, portanto, além da prerrogativa de legislar suplementarmente à União para atendimento de suas peculiaridades regionais e locais, também poderá ser autorizado a legislar em matérias antes privativas à União. Além do que é de todo recomendável que ela trabalhe em conjunto com as unidades federativas,

⁸ O Supremo Tribunal Federal assim decidiu a respeito: "O Município pode editar legislação própria, com fundamento na autonomia constitucional que lhe é inerente (CF, art. 30, I), com o objetivo de determinar, às instituições financeiras, que instalem, em suas agências, em favor dos usuários dos serviços bancários (clientes ou não), equipamentos destinados a proporcionar-lhes segurança (tais como portas eletrônicas e câmaras filmadoras) ou a propiciar-lhes conforto, mediante oferecimento de instalações sanitárias, ou fornecimento de cadeiras de espera, ou, ainda, colocação de bebedouros. Precedentes." (AI 347.717-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 31-5-2005, Segunda Turma, *DJ* de 5-8-2005.) No mesmo sentido: RE 266.536 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 17-4-2012, Primeira Turma, *DJE* de 11-5-2012.

inclusive consultando-as quanto às questões que lhes possam afetar direta ou indiretamente, respeitados os pontos de tangência com a competência municipal⁹.

Surgida, portanto, a questão da busca do equilíbrio sobre como conciliar a manutenção da força central da União, sem nulificar a participação dos estados e, por outro lado, como conferir maior protagonismo aos Estados-membros, sem perder o foco dos objetivos e fins voltados à unidade nacional, a resposta que melhor se adequou foi pela implantação de um novo modelo federalista denominado Federalismo de Cooperação.

No chamado Federalismo Solidário, superpõem-se as competências federais e estaduais, mas sob uma índole descentralizadora ou estimula-se a ação conjunta entre União e Estados-membros, segundo o chamado Federalismo Intergovernamental, no contexto do qual estes atores políticos atuam como parceiros para atendimento dos fins sociais, políticos e econômicos.

O novo fundamento a compor o desenho federativo é o da cooperação, como forma inovadora de efetivar a descentralização, em maior ou menor grau, mas, sobretudo, pelo foco no fim a atingir: o interesse da coletividade. De forma concreta a cooperação se opera mediante a interação federal-estadual, em ideal de ajuda mútua e decisões consensualmente negociadas, superando o modelo dual originário de 1891, no qual se verificava certo antagonismo entre os entes federados, em disputa pela distribuição de atribuições, como forma de afirmação de seus poder e autonomia.

Almeida (2005, 77) considera que a opção pelo federalismo de equilíbrio depende de diversas iniciativas e providências de governo para que possa frutificar da forma desejável. Assim, menciona, a um, a abertura aos estados das competências concorrentes, nos limites do preconizado pelo artigo 24 da Constituição, a fim de poderem legislar sobre temas que antes lhes estanques, como forma de superação e estímulo à inovação; a dois, a descentralização de atribuições

⁹ O Supremo Tribunal Federal assim decidiu a respeito: "Os Estados-membros são competentes para explorar e regulamentar a prestação de serviços de transporte intermunicipal. (...) A prestação de transporte urbano, consubstanciando serviço público de interesse local, é matéria albergada pela competência legislativa dos Municípios, não cabendo aos Estados-membros dispor a seu respeito." (ADI 2.349, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 31-8-2005, Plenário, *DJ* de 14-10-2005.) No mesmo sentido: ADI 845, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 22-11-2007, Plenário, *DJE* de 7-3-2008; RE 549.549 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 25-11-2008, Segunda Turma, *DJE* de 19-12-2008.

pelo estabelecimento de competências administrativas comuns também integra a noção de cooperação para o atendimento dos objetivos da federação; a três, a mitigação da supremacia da União para um maior equilíbrio entre as atuações administrativas e legislativas dos entes federados.

Ocorre, para fins de triste registro, que isso nem sempre se dá mediante um amplo debate nacional. Em matéria de exportações, por exemplo, a edição da Lei Kandir suscitou severa insatisfação nos estados da federação, para o que a resposta mais ensaiada foi de que as medidas não foram adotadas pela União – em choque com os outros entes federados que lhe ombreiam em status hierárquico –, mas pela República Federativa do Brasil que nesse particular sobrepõe-se a todos eles. Além de outros nuances semânticos tais como a diferença doutrinária entre lei federal e lei nacional, embasada nos destinatários de cada lei aprovada no Congresso Nacional, quando tem por destinatários, a um, a esfera federal, ou seja, órgãos e interesses da União; a dois, a esfera nacional, quando se projeta em obrigatoriedade e executoriedade sobre todos na nação.

A forma de administração adotada, desde a proclamação de República até a primeira quartel do século XX, portanto, se mostrou, mesmo com variações e matizes, centralista e burocrática, de postura privatista, com moldes europeus de rígida hierarquização financeira – política do “café com leite”. Em 1930, altera-se a prevalência para o espaço público sobre o privado, inspirada no modelo rooseveliano, de origem norte-americana – de viés intermediário, permeado de ideário cooperativo, denominado *New Deal* – em razão da gestão inovadora e a índole interventora que promoveram resultados muito favoráveis nos anos seguintes à Crise de 29.

Em termos de autoadministração, em seguida verifica-se a introdução da noção de estado gerencial, sob as ondas do *New Public Management* e do estado gerencial europeu, por lá desdobradas com o pós II Guerra e serviriam para apresentar a alternativa de atuar como estado regulador, em substituição às noções de Estado liberal ou Estado-providência, dali já superadas. Essas inovações gerenciais implantadas na Europa também chegariam ao Brasil, embora com certo atraso (*delay*), pois, somadas ao quadro de sucessivas crises econômicas dos anos

70 (petróleo), 80 (mercado financeiro) e 90 (recessão econômica) do século XX, demonstrariam a necessidade de redução do tamanho da estrutura operacional do Estado e dos custos de funcionamento das máquinas estatais, cuja racionalidade financeira apontava para a ineludível imposição de redução dos custos públicos.

Nesse contexto, a dinâmica federalista brasileira, contudo, em que pesem sua harmonia arquitetônica, provocou grandes descontentamentos os mais variados nos Estados-membros, desde o Sistema Político pela desproporcionalidade do sistema representativo em termos das regiões geográficas até quanto à questão de receita orçamentária, como por exemplo, a referente ao Fundo de Participação dos Estados na repartição das receitas dos tributos.

Nesta senda, Regis (2009, 1) consolida a título de sinopse histórica uma predominância de fraca concentração de poder em posse dos governadores, ao longo do período republicano, com especial destaque para o período do Estado Novo, regra só igualada pelo período de vigência do Plano Real, no governo Fernando Henrique, quando a concentração de poder nas mãos da União teria sido intensa.

Como a obra do autor supramencionado é anterior, faz-se mister registrar novo aumento, ainda superior, da concentração de força em favor da União, durante os governos que se seguiram, em dois mandatos de Luis Inácio Lula da Silva e no de Dilma Rousseff, com a ampliação absurda do número de ministérios, explosão da máquina pública, superendividamento interno, com descontrolada emissão de títulos de dívida pública, maquiado pelo não endividamento externo, tradicional bandeira política empregada na crítica aos governos. Os estados tem cada vez mais sua projeção encolhida, seja em termos do Fundo de participação respectivo, seja em termos de proeminência legislativa; poucas vezes se viu o poder tão concentrado.

Exemplo da tensão federativa entre a União e os Estados-membros se viu, em 2005, alguns dos estados de maior força econômica, como os da região sul (RS, SC e PR) e o próprio Mato Grosso do Sul, ajuizaram perante o Supremo Tribunal Federal (STF) a ação cível originária nº 792 (Rel. Min. Carlos Veloso), a fim de discutirem como direito subjetivo à reparação das perdas financeiras motivadas por desonerações de impostos sobre as exportações de produtos primários, pela

consequente redução progressiva dos repasses da União aos estados, ferindo de modo letal os seus orçamentos estaduais, com risco à efetividade do próprio pacto federativo, ao caracterizar prática da concessão de isenção heterônoma, prática assaz vedada pela Constituição.

A eficácia da política social (efetividade de direitos sociais), de certa forma, sofreu forte influência desse contexto histórico, mediante a intensificação de iniciativas voltadas a reformular a prestação dos serviços públicos, tais como saúde, educação e previdência, sob o aspecto financeiro, estimuladas pelo redesenho do arranjo federativo, em especial no tocante às responsabilidades atribuídas às distintas esferas governamentais no atendimento dos direitos sociais, tais como a educação, desde as muitas reformas administrativas pelas quais trilhou a nação, assim como pelas reformulações dos sistemas de saúde e educação, a guisa de exemplo, para cuja solução, agora, apontam como “moeda de troca”, o direcionamento dos royalties do pré-sal.

Discussão de certa complexidade, na atualidade, faz-se sobre o tema da divisão dos royalties decorrentes da exploração de petróleo da camada do chamado “pré-sal”, gerando uma tensão sobre o pacto federativo desnecessária. Os estados produtores, como potenciais suportadores dos riscos da atividade econômica reagem à ideia de ter de repartir os dividendos com outros estados não produtores. Trata-se de disputa política pouco razoável, sobre tema com assento constitucional da maior clareza e que não demandaria maiores argumentos para se verificar que não faz o menor sentido repassar os dividendos aos estados que não conjugam da produção, nem dos riscos inerentes à mesma.

A esse respeito, mais apropriado seria discutir, portanto, uma alteração sobre a LC 87/1996 – denominada Lei Kandir, de modo a buscar revogar as isenções de ICMS sobre as mencionadas exportações de petróleo, o que recomporia o nível de receitas a um patamar mais justo para os brasileiros.

Uma pergunta nacional sobre o tema é a quem cabe definir se a exportação do petróleo, por exemplo, é prioritária em relação a eventual exploração com exclusividade pelo empresariado nacional. Este, portanto, é um exemplo de uma decisão central, já conduzida pela União, com pouca transparência, e que provoca

intenso desconforto na população dos estados, principalmente os que produzem o petróleo.

Nesse particular, por exemplo, o tema da licitação para a concessão da exploração dos 289 (duzentos e oitenta e nove) blocos da camada do pré-sal é dos que mais desperta constrangimento interno, pois nem ao certo se tem informação exata acerca do valor de mercado dos mesmos. Ademais, a discussão dos royalties a serem pagos em decorrência da exploração também preocupa muito, posto que seu valor percentual não ultrapassa a casa dos 15% (quinze por cento) da receita total; por essa razão, diversas entidades representativas se rebelam, pugnando pela estatização da exploração e pelo controle público sobre a cadeia de atividades petroleiras no Brasil.

O debate federativo tem uma potencialidade represada tão forte que constituiu tema dominante dos debates de tramitação da lei nº 12.351/2010, reguladora da matéria, ao ponto de a concessão de compensações às indústrias petroleiras estrangeiras, em detrimento dos interesses internos, passar quase despercebida, diante da intensa e tensa guerra interna estabelecida pelas disputas entre os estados-membros da federação pela repartição dos minguados 15%, quando o debate central deveria se dar quanto à concessão ou não dos referidos campos de exploração, o qual deveria ser conduzido em nível nacional e permeado de maior transparência possível, especialmente, por se tratar de riqueza natural esgotável, tutelada pela via da preservação ambiental e constituir forma de exploração inédita, cujos riscos ambientais são meras expectativas, sem estudos conclusivos.

Em vez de, internamente, digladiar pela divisão dos ínfimos retornos em termos de royalties, deveriam os estados-membros, por intermédio do Senado da República, se contraporem à iniciativa da União de promover as rodadas de negociação dos lotes e áreas de exploração antes de consultar à nação quanto a conveniência de explorar ela própria os referidos campos, ainda que de forma mais distribuída no tempo, e, por seguro, mais durável e rentável para o povo brasileiro.

3. FEDERALISMO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS SOCIAIS

Como bem informam Dias e Matos (2012, 177), a adoção da norma ISO 26000, versante sobre a Responsabilidade Social, fez recair sobre as organizações, tanto públicas como privadas, o papel de atores sociais e o decorrente dever de agir sempre mediante o cumprimento de seus deveres de sustentabilidade e inclusão social. A responsabilidade social, ao ser incluída na agenda dos principais organismos internacionais, findou por adentrar também a pauta dos estados nacionais. Portanto, não importa em que nível governamental ou de governança empresária se esteja, o compromisso social estará presente, o que permite concluir que, sem embargo, também ao arranjo federativo se impõe tal submissão.

Em que pese o entendimento majoritário do STF quanto à não normatividade do preâmbulo da Constituição, por outro viés, destaca-se sua importância como fonte interpretativa. Nesse jaez, a previsão preambular 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 percorre intensa jornada pelo pluralismo social.

Para Mendes (2002, 139), mais do que apenas deixar de intervir na esfera individual dos cidadãos, a Constituição impõe ao Estado o dever disponibilizar os meios materiais e condições fáticas para o efetivo gozo das liberdades públicas e dos direitos sociais para a efetivação da garantia de liberdade perante o Estado (autonomia) e, também, da liberdade por intermédio do Estado (patrocinada pelo Estado), o que se demonstra pela receptividade – sem precedentes – do texto constitucional ao rol de direitos sociais, ao ponto de desfrutarem da exclusividade de um capítulo inteiro, no contexto do título II – Direitos Fundamentais, da Constituição. Ao nosso sentir, descabendo discutir a sua fundamentalidade, eis que, mesmo ausentes do rol do artigo 5º, eles preenchem os requisitos atinentes e podem associar-se.

A controvérsia acerca da fundamentalidade dos direitos fundamentais sociais, em verdade, trabalha a serviço de quem deve pagar a conta das políticas sociais, portanto, da administração pública e do sociedade, mais marcadamente do empresariado, por outro lado, defendendo os direitos sociais tem-se os próprios

destinatários das prestações, parte engajada da sociedade civil, sem deixar de mencionar também a sempre presente parcela de atores políticos a serviço de determinada ação a demagógica ou em busca de benefícios próprios, tais como dividendos políticos, eleitorais ou não.

A arquitetura constitucional fornece rico material ao debate acerca de uma suposta deficiência de positivação dos direitos sociais: O artigo 5º, parágrafo 1º, por exemplo, menciona a aplicabilidade imediata das normas reguladoras de direitos fundamentais. Agrega-se a esse raciocínio o conteúdo do art. 5º, parágrafo 2º, que reconhece *status* constitucional fundamental, operando como “cláusula de abertura ou de resgate interpretativo”, aos direitos identificados com os princípios (fundamentais) e o regime (social-democrático) da Constituição Brasileira, assim como os decorrentes dos tratados internacionais (de direitos humanos – em conjugação com o parágrafo 3º, do mesmo artigo), em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Para os que aceitam os direitos sociais como fundamentais, já seria meio caminho andado, pois nesse sentido, independente de complementos de positivação, por mais reduzida que seja a sua densidade, essas normas já são aptas à “aplicabilidade imediata”, mesmo aquelas de índole programática, sob pena de serem reduzidas a um compromisso irresponsável do constituinte originário, segundo posição do próprio STF, em voto do Min. Celso de Mello.

Canotilho (2001, 371) assenta com esmerada clareza e lucidez que quanto aos direitos subjetivos públicos, sociais, econômicos e culturais: a um, “são independentes, quanto à sua irredutível dimensão subjetiva, das imposições constitucionais e da concretização legislativa”; e, a dois, “mesmo na parte em que pressupõem prestações do Estado, são direitos originários a prestações (fundados na constituição) e não direitos a prestações derivados da lei”.

Como é assente na doutrina pátria, as normas programáticas, em que pese a falta de “eficácia jurídica positiva”, enquanto não regulamentadas por legislação infraconstitucional, o mesmo não se diga de sua “eficácia jurídica negativa ou interpretativa ou de bloqueio”.

São efeitos concretos ou concretizáveis das mesmas: a um, a promoção da estrita vinculação do legislador aos parâmetros por elas preestabelecidos, como normas definidoras de direitos fundamentais prestacionais, sendo-lhe vedado agir em sentido contrário, o que comparativamente se aproxima do conteúdo axiológico e semântico do princípio da proibição do retrocesso; a dois, a “suspensão da eficácia” de leis e atos normativos editados na vigência da nova Constituição e que com elas conflitem, pelo mecanismo da necessária e vinculativa “declaração da inconstitucionalidade”; a três, a revogação tácita de leis ou dos atos normativos anteriores, cujo conteúdo se mostre contrário, pelo mecanismo da “não recepção”; a quatro, serem as referidas normas programáticas situadas como parâmetro interpretativo ou integrativo de normas jurídicas outras ou de lacunas do ordenamento.

Nesse mesmo sentido, trazendo novamente o pensamento de Canotilho à colação:

“os direitos subjetivos a prestações, mesmo quando não concretizados, existem para além da lei, por virtude da Constituição, podendo, podendo ser invocados, (embora não judicialmente) contra as omissões inconstitucionais do legislador.”

Também é prestigiada pelo direito brasileiro a possibilidade de invocação ao cumprimento – bem defendida pelo dileto professor lusitano, quando identificada a omissão legislativa. Entretanto, por aqui, ela se opera com ainda maior desenvoltura, pois viável a arguição também em sede judicial. O constituinte brasileiro fez-se arrojado, ao oferecer soluções jurídicas, para além (ou depois) das políticas – é claro, que se prestam a constituir o legislador em mora constitucional legislativa e notificá-lo para que adimpla seu dever constitucional.

Cuida-se, no caso, da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e do Mandado de Injunção (MI), um de emprego concentrado e abstrato, o outro de emprego difuso e concreto, instrumentos jurídicos que deixarão de ser, aqui, mais bem detalhados, por não se constituírem objeto central do presente trabalho, apenas cabendo registrar que, quanto à forma de serem operados, existem posicionamentos conflitantes, identificados como Tese Não-concretista; Tese

Concretista Geral; Tese Concretista Individual, esta última subdividida em: Concretista Individual Direta e Concretista individual Indireta.

A principal das estratégias dos contrários à eficácia fundamental dos direitos sociais é negar a fundamentalidade dos mesmos, pelo emprego alternado ou conjunto de 3 (três) argumentos topográficos, registre-se, de duvidoso embasamento teórico:

O primeiro desses argumentos se põe quanto ao posicionamento físico, no texto da Constituição Brasileira, como cláusulas pétreas, apenas dos direitos individuais, sem menção expressa aos direitos sociais (art. 60, parágrafo 4º, inciso IV); a assertiva francamente combatível por simples análise igualmente literal da denominação do Título II, da Constituição, - “Dos Direitos Fundamentais”, que engloba a ambas as espécies: o capítulo 1 (artigo 5º) – Dos direitos individuais e coletivos e o capítulo 2 (artigos 6º e 7º) - Dos direitos sociais.

O segundo argumento topográfico da divisão entre direitos individuais e direitos sociais também se desdobra sobre o fato de estarem posicionadas, na classificação operada por Bobbio, como diferentes gerações de direitos humanos, portanto, detentoras de também distintos graus de fundamentalidade, atribuindo-se aos sociais a caracterização como “direitos de 2ª ordem”; contra a referida estratégia, apresenta-se o princípio da historicidade dos direitos humanos, que reconhece a evolução do reconhecimento dos direitos humanos, segundo processo gradual que acompanhou a própria luta da sociedade, primeiro, pela liberdade (Sec. XVIII); depois, pela igualdade (Sec. XX), portanto, em nada se relacionando qualquer juízo comparativo de valor entre esse direitos.

O terceiro argumento também topográfico, ainda como variante dessa mesma linha de sustentação, reside no fato de os direitos individuais e sociais terem sido, quando objeto de pactuação pela Organização das Nações Unidas, posicionados em diferentes documentos, a saber: a um, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e, a dois, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais também é utilizado como justificativa de tratamento diferenciado em termos de cogência e fundamentalidade; igual sorte dos argumento anteriores se projeta sobre esse último arfejo denegatório da eficácia fundamental, pela simples invocação do princípio da indivisibilidade dos

direitos humanos, que não admite segmentação axiológica entre os mesmos, qualquer que seja a razão taxionômica de organização dos mesmos em classes, espécies, tipos etc.

Certo é que os direitos sociais tem assento constitucional e como tais são dotados de fundamentalidade, em diferentes graus e, segundo a relação de pertinência com cada indivíduo da sociedade, sendo compreensível que as limitações de recursos do Estado não permitem entregar todos os direitos sociais a todas as pessoas componentes da população (tese de reserva do financeiramente possível), o que seria utopicamente desejável que se pudesse prestar (tese da máxima efetividade das normas constitucionais dirigentes), mas, de outra sorte, tampouco se admite que determinada parcela dos indivíduos humanamente considerados possa viver abaixo do nível mínimo admissível de dignidade (tese do mínimo existencial).

Sarlet (2005, 288) registra a efetiva dependência de fatores econômicos e jurídicos para o atendimento de direitos sociais prestacionais positivos, o que consubstancia verdadeira limitação fática à efetivação desses direitos, que por essa mesma razão, são ditos como dotados de relatividade, ao se verem condicionados: por vezes, à disponibilidade de recursos públicos; por outras, à necessidade de interposição legislativa para sua regulamentação.

Quando cabalmente demonstrada, por meio de fatos e balanços de custos e resultados administrativos, a Teoria da Reserva do Financeiramente Possível (de origem tedesca), pode apresentar-se como excludente de responsabilidade quanto à obrigação administrativa no financiamento dos direitos sociais, argumento segundo o qual, o Estado somente é dado por obrigado, dentro dos estritos limites que lhe sejam de razoável realização, sob a ótica material, em função da respectiva necessidade a ser suprida e do que ela representar em termos de interesses jurídicos legítimos dos indivíduos, isolada ou coletivamente considerados.

Para o atendimento ao arranjo fático entre a necessidade de suprir as demandas sociais da população e de otimizar o necessário emprego de recursos sabidamente escassos, mais clara se mostra a inter-relação poder econômico *versus* efetividade; de outro lado, ante à observância obrigatória do Princípio Republicano

da Eficiência, pela Administração Pública – direta, indireta ou descentralizada, a menor pujança econômica não serve de “salvo conduto” ao Estado ou seus representantes, face à omissão ou deficiência, no plano concreto, de seu dever prestacional dos serviços públicos, quer parciais, quer integrais.

De tudo o que aqui se expôs quanto à efetivação dos direitos fundamentais sociais, resulta clara a imprescindibilidade do debate e a busca da harmonia, mediante a ação horizontal e conjunta – cooperativa, de todos os entes federados, em todos os níveis, conforme o esboço federativo do Estado considerado, pois certo também é que quanto à forma de federalismo, cada Estado acaba por desenhar, com os fatos, o seu próprio modelo, não sendo nada fácil – já pontuado na visão iheringiana – forçar o enquadramento da realidade aos *standards* preexistentes.

O Federalismo não apresenta uma dimensão estática em dimensão e no tempo, ao contrário, comporta arranjos dinâmicos, aptos a adaptarem-se as necessidades de cada sociedades, a cada tempo, como forma intuitiva de cumprimento do mandamento lassalista de conformação da realidade constitucional aos “fatores reais de poder”.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Já na abertura do presente ensaio, pugnou-se pela vocação democrática do Pacto Federativo Brasileiro, detentor de uma arquitetura das mais arrojadas com um grau de abertura e visão inclusiva extremamente plural, sem precedentes.

A Carta Política também se mostra rica de previsões sobre a fundamentalidade de diversos direitos incluídos no patrimônio jurídico dos cidadãos. Desde os mais basilares e instintivos ou intuitivos direitos individuais aos complexos direitos difusos, da mais sofisticada concepção, extenso é o rol de direitos, que claramente prestigiam as tutelas prestacionais dos direitos sociais, a saber, direitos tais como: saúde, transporte, educação, moradia, previdência e assistência sociais, dentre tantos outros.

A fim de responder pelo atendimento das necessidades dos cidadãos em termos de políticas sociais – de cunho prestacional de direitos sociais, a Carta Republicana estabeleceu uma repartição de atribuições, organizacionais,

governamentais, legislativas e administrativas a cada um dos componentes do complexo chamado Estado.

Portanto, faz-se assaz necessário dominar o conhecimento dessa intrincada estrutura estatal de governo e de administração pública, em seus variados matizes, a começar por seus agentes, pessoas e órgãos, de modo a bem estabelecer as particularidades entre cada um deles e poder deles retirar o melhor em termos de vocação institucional como atores de políticas públicas.

Neste mister, o estudo da equação da distribuição de competências pelo texto constitucional se faz basilar e de importância central, e comparativamente se mostrou bem amplificado em relação às constituições que se lhe fazem anteceder, proporcionando uma evolução de um federalismo nominal para um federalismo efetivo e normativo.

Os estudos de direitos sociais são recorrentes em apontar como óbices a sua efetiva realização, alguns componentes, tais como a baixa normatividade, associada à arquitetura inspirada em critérios de programaticidade; nesse jaez, o ponto central não será mais repetir a existência desse problema, mas apontar eventuais formas de resolvê-lo.

Ausente a positivação, ou se sustenta que ela é desnecessária, por meio de bons argumentos principiológicos, de ordem pós-positivista ou aponta-se quem são os responsáveis por suprir a carência legislativa; no exemplo, como cabe ao Poder Legislativo prover a competente positivação dessas normas, então, uma vez identificado como responsável pela ação de política faltante (União, estado, Distrito Federal ou município), passa-se a desferir sobre o ator silente os estímulos hábeis a romper-lhe a inércia, sejam eles políticos, sociais ou jurídicos, se couber.

Da mesma forma, se desvelada a limitação de ordem financeira ou orçamentária que inviabiliza o atendimento de um direito social tido como dotado de força subjetiva e, portanto, exigível, identifique-se quem detém a competência para provera prestação e, igualmente, projete-se contra o ator omissor as ações de ordem efetivadora, seja por via de pressão política – via sociedade civil; seja por pressão jurisdicional, via ações constitucionais competentes, para o que, muito necessário se faz bem identificar quem figurará no polo passivo: a União, o estado, o município, o

Distrito Federal, o patronato, o terceiro setor detentor de concessões, o empresário ou a sociedade, sob pena de extinção do processo por carência das condições da ação, a saber: a legitimidade passiva.

Constando a prestação faltante do rol de competências comuns ou concorrentes, a ideia geral de federação por cooperação entre os entes federados se apresenta como verdadeiro dever de Estado e autoriza a parte a parte exigir – em termos subjetivos – a prestação pelos entes alcançados em termos de competências comuns (administrativas) e concorrentes (legislativas).

Deve-se, contudo, avaliar a conveniência ou eventual obrigatoriedade em constituir o litisconsórcio (facultativo ou necessário), devendo-se aferir se a eventual presença de um ou outro ente no polo passivo irá contribuir para a efetivação da tutela ou, ao contrário, por absurdo, irá processualmente beneficiar aos réus, disponibilizando fartas oportunidades para dilação de prazos e emprego de movimentos protelatórios.

O discurso de efetivar direitos sociais, portanto, ultrapassa em muito o debate material acerca desses direitos, a dizer: sua resistida fundamentalidade e sua força cogente como direitos subjetivos, exigíveis em razão do dever constitucional; a coercitividade e o compromisso moral das constituições dirigentes, a lacunosa positivação desses direitos, o déficit de financiamento orçamentário – com a contraposição das teorias de máxima efetividade da Constituição, de reserva do possível ou de mínimo existencial.

É verdade, sim, que todas essas provocações se revestem da maior importância, mas, segundo uma visão pragmática, a efetivação dos direitos sociais vai para além de demonstrar a sua existência, apresentar suas classes e sustentar sua cogência como direitos subjetivos. Necessário se faz enfrentar os mecanismos de efetivação e, nesse particular, segundo a visão processual, definir quem deve ser instado a cumprir tal ônus político e, se não cumprido, responder pelo dever jurídico.

Em outras palavras: se os atores de políticas públicas – seus responsáveis – não estiverem claramente identificados, será necessário explicitá-los, seja na esfera pública, no âmbito mencionado genericamente Estado; seja na esfera privada, no âmbito da sociedade brasileira. É preciso definir mais claramente quem deve

responder pelo que, em cada passo do desenvolvimento e aplicação das políticas sociais.

Por isso, faz-se indispensável a detenção de uma noção mais densa acerca da órbita federativa, para que, compreendendo melhor as competências e atribuições de cada nível de estratificação federativa se possa definir com exatidão a quem compete cumprir qual tarefa prestacional, em vez de alardearem os textos, pura e simplesmente, para não dizer inocuamente, meramente a palavra “Estado” – sem melhor enfrentá-la, e que, nessa quadra, já parece dizer (ou fazer) muito pouco em termos de efetivação de direitos, quando não individualizada qual de seus componentes estatais estará submetido ao encargo.

A Constituição de 1988, ao prever a convivência independente, mas harmoniosa entre os poderes constituídos, institui de forma clara e expressa a noção de cooperação entre poderes. De igual sorte, portanto, deve se dar a convivência entre as unidades da federação: União, Estados, Municípios e o Distrito Federal.

Faz-se necessário rever o arranjo federativo, para redefinição da densidade distributiva de competências e, sobretudo, de fontes de recursos que financiem as correspondentes iniciativas, em termos de políticas públicas e de ações a realizar, entre os atores de políticas, no sentido de descentralizar atribuições e recursos para mais próximo de seus destinatários; da mesma *ratio* será a necessária expansão dos instrumentos de controle de *accountability*, afinal, quanto mais ampla a autonomia decisória, maior a responsividade, quanto aos resultados, e a responsabilidade, quanto aos repasses e dispêndios de recursos públicos ou de terceiros.

Os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil instam de igual forma a força cooperativa, ao pugnar pela redução das desigualdades regionais e sociais; pela supressão da marginalização e da miséria e, sobretudo, pela construção de uma sociedade mais livre, justa e “solidária” (art. 3º), Se o infindável alcance da palavra “solidária” não for suficiente a instigar a operação conjunta (cooperação), recorra-se, então à expressa literalidade do art. 23, parágrafo único, que põe com todas as letras a “cooperação” como dever político, jurídico e social, a predizer que: “Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União

e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

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

ALVAREZ, Anselmo Prieto *et NOVAES FILHO*, Wladimir. *A Constituição dos EUA – anotada*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A Constituição Dirigente e a Vinculação do Legislador* - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: almedina, 2001.

DIAS, Reinaldo *et MATOS*, Fernanda. *Políticas Públicas – princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza, 1984.

HAMILTON, Alexander; **MADISON**, James and **JAY**, John. *The Federalist Papers*. New York: Signet Classic, 2003.

LIMONGI, Fernando Papaterra. *O Federalista: remédios republicanos para males republicanos*. In: WEFFORT, Francisco (org.). *Os Clássicos da Política*. 14 ed. São Paulo: Ática, 2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Pacto Federativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MELO NETO. Antonio Saboia. *Federalismo e direitos sociais – reflexões sobre a possibilidade de conciliação*. São Paulo.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Os Novos Paradigmas do Direito Público*. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, Thiago de. *O Poder Local e o Federalismo Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

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*. 10 ed. rev. ampl. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Federalismo e articulação de competências no Brasil*. In **PIERRE**, Jon e **PETERS**, B. Guy (Orgs). *Administração Pública – coletânea*. São Paulo: UNESP, Brasília: ENAP, 2010.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Fundamentos de Administração Pública Brasileira*. São Paulo: FGV, 2012.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Estado, Democracia e Administração Pública no Brasil*. São Paulo: FGV, 2004.