 DOI: 10.47595/cjsiurj.v5i2

SISTEMA PROTETIVO E FEDERATIVO DOS DIREITOS À SAÚDE E EDUCAÇÃO NO BRASIL

PROTECTIVE AND FEDERATIVE SYSTEM OF RIGHTS TO HEALTH AND EDUCATION IN BRAZIL

Kalil Said de Souza Jabour[1]

Resumo: Este artigo tem por escopo abordar os âmbitos protetivo e federativo relativos ao direito à saúde e ao direito à educação no Brasil. O enfoque inicial busca qualificar tais direitos como direitos humanos, sociais e fundamentais. A abordagem do âmbito protetivo alcança desde o sistema internacional global de proteção destes direitos, passando pelo sistema de proteção internacional regional e chegando ao sistema de proteção local que, no caso do Brasil, se encontra centrado na esfera constitucional. A compreensão do direito à saúde e do direito à educação no Brasil envolve, necessariamente, a abordagem do âmbito federativo, que se desdobra nas esferas do federalismo político e do federalismo fiscal. Ao final, abordaremos os desafios atuais que o direito à saúde e o direito à educação enfrentam no Brasil, principalmente em relação a como o modelo de federalismo fiscal afeta o financiamento destes direitos e, consequentemente, sua efetividade.

Palavras-chave: Direito à saúde; direito à educação; tratados internacionais; federalismo político; federalismo fiscal

Abstract: *This article aims to address the protective and federative spheres relating to the right to health and the right to education in Brazil. The initial approach seeks to qualify these rights as human, social and fundamental rights. The protective scope approach ranges from the global international system of protection of these rights, through the regional international protection system and reaching the local protection system which, in the case of Brazil, is centered on the constitutional sphere. Understanding the right to health and the right to education in Brazil necessarily involves an approach at the federal level, which unfolds in the spheres of political federalism and fiscal federalism. In the end, we will address the current challenges that the*

[1] Mestre em *Hacienda Pública* pelo *Instituto de Estudios Fiscales/Ministério de Hacienda/España*, Doutor em *Ciencias Jurídicas y Sociale*s pela *UMSA/Argentina*, Pós –doutor em Direito (Direitos Humanos e Democracia) pelo *Ius Gentium Conimbrigae*/Universidade de Coimbra/Portugal e Pós-doutor em *Derechos Humanos y Sociales* pela *Universidad de Salamanca/España* – kalilsaidjabour@gmail.com

right to health and the right to education face in Brazil, mainly in relation to how the model of fiscal federalism affects the financing of these rights and, consequently, their effectiveness.

Keywords: Right to health; right to education; international treaties; political federalism; fiscal federalism

Introdução

Este artigo tem por escopo abordar os âmbitos protetivo e federativo relativos ao direito à saúde e ao direito à educação no Brasil. O enfoque inicial busca qualificar tais direitos como direitos humanos, sociais e fundamentais. A qualificação destes direitos tem uma raiz histórica e o direito à saúde e o direito à educação, no caso brasileiro, podem ser compreendidos como direitos humanos, sociais e fundamentais, como veremos.

A abordagem do âmbito protetivo alcança desde o sistema internacional global de proteção destes direitos, passando pelo sistema de proteção internacional regional e chegando ao sistema de proteção local que, no caso do Brasil, se encontra centrado na esfera constitucional.

Por outro giro, como o Brasil se caracteriza como uma república federativa, a compreensão do direito à saúde e do direito à educação no Brasil envolve, necessariamente, a abordagem do âmbito federativo, que se desdobra nas esferas do federalismo político e do federalismo fiscal. Tais perspectivas merecem apreciação em separado em razão de que as atribuições políticas dos entes da federação (federalismo político) envolvem competências e encargos legislativos e materiais relativos aos serviços públicos que serão prestados e as questões orçamentárias, as transferências intergovernamentais e a autonomia financeira dos entes da federação (federalismo fiscal) representam o esquema de financiamento destes serviços públicos.

Ao final, abordaremos os desafios atuais que o direito à saúde e o direito à educação enfrentam no Brasil, principalmente em relação a como o modelo de federalismo fiscal afeta o financiamento destes direitos e, consequentemente, sua efetividade.

I – Direito à saúde e direito à educação como direitos humanos, sociais e fundamentais

Abordar o direito à saúde e o direito à educação envolve a compreensão e o discernimento relativos a três grandes categorias jurídicas: a dos direitos sociais; a dos direitos fundamentais e a dos direitos humanos. Importa, sobretudo, a evolução histórica das referidas categorias, como se relacionam e como passaram a compreender direitos originalmente não contemplados. No plano histórico, os denominados direitos humanos têm seu marco com a Declaração dos

Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, trazendo uma carta dos direitos, tomados como de primeira geração, como liberdade, propriedade, segurança e participação política.

Trata-se de uma fase história do Estado absenteísta e da afirmação de direitos individuais civis e políticos e a compreensão e afirmação de direitos humanos com conteúdo mais abrangente, compreendendo os direitos sociais, é bem recente e resulta da internacionalização da proteção da pessoa humana, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948. Assim, o enfoque atual dos direitos humanos é o relativo ao Direito Internacional dos Direitos Humanos que compreende, também, determinados direitos sociais contidos em seus pactos e conferindo a eles, tais como aos direitos individuais civis e políticos, a abrangência universal, a inalienabilidade e a interdependência.

Os direitos sociais envolvem uma variada gama de direitos relacionados à vulnerabilidade das pessoas no ambiente social e têm como marco histórico os problemas sociais dos séculos XVIII e XIX, decorrentes da denominada revolução industrial, com o uso intensivo de mão-de-obra e precárias condições de vida. Daí a denominação 'direitos de segunda geração', por sucederem, em etapa histórica, os direitos individuais civis e políticos.

Assim, seguridade social, proteção ao trabalho, proteção à saúde e educação pública passaram a ser reivindicadas ao Estado e, por isso, a ideia dos direitos sociais está intimamente ligada à ideia de justiça social ou justiça distributiva. Quanto aos direitos tidos por fundamentais, sua evolução confunde-se com a evolução do constitucionalismo, no sentido de que a constituição se situa acima dos governantes e protege os cidadãos em relação ao próprio Estado. Com efeito, a principal característica das constituições é definir expressamente os direitos e garantias fundamentais e organizar o Estado.

Segundo (FERNANDES, 2017), o termo 'direitos fundamentais' já teria sido afirmado na França do século XVIII, por ocasião do movimento político-cultural que levou à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Neste propósito, para este autor, o termo 'direitos humanos' surgiu, originalmente, despido de normatividade, enquanto o termo 'direitos fundamentais' já teria em si as exigências de cumprimento como norma jurídica.

No plano constitucional, os direitos sociais tiveram suas primeiras inserções na Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos de 1917 (principalmente no tocante à educação pública e proteção do trabalho assalariado) e na Constituição Alemã de Weimar de 1919 (proteção ao trabalhador e direito à educação pública).

Com ontologia distinta, embora coincidam em algumas etapas históricas (no caso dos direitos humanos e dos direitos fundamentais), vê-se, nitidamente, então, que se referem a

categorias distintas (direitos humanos, direitos fundamentais e direitos sociais) cujos núcleos apresentam grande proximidade e uma área de intersecção.

No Brasil, entre os direitos que se encontram na área de interseção das três categorias (fundamentais, humanos e sociais) estão o direito à saúde e o direito à educação. Assim, além do seu caráter de direito social, são direitos fundamentais em razão da proteção constitucional e são direitos humanos por serem reconhecidos como tais em tratados e convenções internacionais, como veremos.

II – Sistemas protetivos dos direitos à saúde e educação

II.1 - Sistema protetivo global

O sistema global de proteção dos direitos humanos, dentre os quais se compreendem o direito à saúde e o direito à educação, surgiu a partir do movimento de internacionalização da proteção da pessoa humana, marcando a denominada era dos direitos, na concepção de BOBBIO, com a Carta das Nações Unidas de 1945 e a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948.

No Brasil, foi promulgada a Carta das Nações Unidas pelo Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945, com a promessa expressa, pelo Presidente da República, na norma de promulgação, que seria cumprida inviolavelmente.

A importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que embora para os juristas tradicionais não chegue a ter força normativa, se caracterizando como *soft law*, é dar conteúdo, pela via hermenêutica, à afirmação Carta das Nações Unidas no sentido da proteção, respeito e efetividade dos direitos humanos.

Há também, principalmente entre os atuais autores de direito internacional público, aqueles que veem a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 com caráter cogente, como princípios gerais de direito ou como costume internacional.

Com o objetivo de estabelecer força normativa aos preceitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em 1966, foram instituídos, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, dois pactos internacionais: o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Tal separação de direitos nos pactos (um de direitos civis e políticos e outro de direitos econômicos, sociais e culturais) levou em consideração a concepção geracional dos direitos: a concepção dos direitos civis e políticos como direitos de primeira geração, baseados nas liberdades básicas às quais o Estado deve respeitar; e a concepção dos direitos econômicos,

sociais e culturais, como direitos de segunda geração, implementáveis por prestações positivas do Estado.

O Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi incorporado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992 e prevê, expressamente, preceitos voltados ao direito à saúde e educação.

Neste sentido, no item 1 do seu artigo 12, os Estados Partes do referido Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental. Vê-se que, no tocante ao direito à saúde, o Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adota um preceito que, apesar de aparentemente genérico, obriga o Estado a ser o prestador principal de serviços públicos de saúde, embora não se referindo a direitos subjetivos públicos à saúde específicos.

De modo diverso, no tocante à educação, o Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais traz preceitos que afirmam direitos subjetivos públicos à educação e, também, preceitos programáticos. Note-se que, logo após a previsão no item 1 do seu art. 13, os Estados Partes do mencionado Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação, e afirma em seguida, no item 2 deste artigo, que a educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos.

Logo, com a incorporação deste pacto ao ordenamento jurídico brasileiro, a educação primária gratuita se revela pelo pacto, por si só, como direito público subjetivo. No tocante à educação secundária, o referido pacto impõe a prestação de serviços públicos de educação ao afirmar a generalidade e acessibilidade a todos, embora, quanto à gratuidade, tenha ficado no plano programático.

Quanto à educação de nível superior, o mencionado pacto, não afirma a generalidade, mas apenas a acessibilidade geral, com base na capacidade de cada um, o que impõe certa medida de prestação de serviços públicos nesta esfera e, também, prevê a implementação progressiva do ensino gratuito.

No tocante ao monitoramento das obrigações estabelecidas pelo Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, foi criado, pela Resolução nº 17 de 1985, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com a respectiva obrigação de todos os Estados-Partes de apresentar relatórios periódicos sobre a implementação dos direitos previstos no Pacto.

Neste propósito, os Estados-Partes prestam informações oficiais e, por iniciativa da sociedade civil, podem ser prestados contrainformes e, a partir de 2008, com a aprovação do Pacto Adicional ao Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o

referido Comitê têm competência para verificar denúncias individuais sobre as violações aos mencionados direitos.

Acerca do tema, organizações da sociedade civil brasileira já apresentaram contrainformes sobre direito à autodeterminação e ambiente sadio, direito à não discriminação, situação das mulheres, direito ao trabalho, descanso e lazer, direito à greve e organização social e sindical, direito à seguridade social, alimentação e moradia, direito à cultura, além dos direitos que são objeto deste estudo: direito à saúde e direito à educação.

Representa também competência do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais apresentar comentários gerais relativos a determinados artigos ou disposições do Pacto e organizar debates temáticos sobre matérias cobertas pelo mesmo. A título de exemplo, o Comentário Geral n.º 3 discorre sobre a natureza das obrigações dos Estados-partes, nos termos do art. 2º, parágrafo 1º do Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Conforme este Comentário, o referido Pacto prevê a realização progressiva e admite restrições devido aos limites de recursos disponíveis, todavia, também impõe várias obrigações que são de efeito imediato, entre elas, a tarefa de comprometer-se a garantir que direitos relevantes serão exercidos sem discriminação; e adotar medidas ou providências em direção ao objetivo que devem ser tomadas dentro de um tempo razoavelmente curto depois da entrada em vigor do Pacto para os Estados envolvidos.

Outro exemplo importante é o Comentário Geral nº 4, elaborado pelo Comitê de monitoramento da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e emitido em 2016, com a colaboração de organizações de pessoas com deficiência de todo mundo, que detalha os requisitos para que o direito à educação inclusiva, garantido pelo artigo 24 da Convenção, seja aplicado em todos os países.

Conforme este Comentário, o sistema educativo deve incluir as quatro seguintes características inter-relacionadas: disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e adaptabilidade; e os Estados-partes devem respeitar, proteger e cumprir cada um desses aspectos essenciais.

Considerando toda a abordagem do sistema global de proteção dos direitos humanos, independentemente do aparato do ordenamento jurídico interno, o Brasil se encontra nele inserido, o que compreende a proteção ao direito à saúde e ao direito à educação e se encontra obrigado, por força do Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais a promover, como obrigação de direito público, ações no sentido de garantir os mencionados direitos.

II.2 - Sistema protetivo regional

No âmbito das normas de direito internacional, o Brasil também se encontra inserido no sistema protetivo regional de direitos humanos relativamente à saúde e à educação. Cabe salientar que os sistemas protetivos regionais de direitos humanos contam com o apoio da Organização das Nações Unidas, no sentido de que reforçam a proteção e garantia na efetivação dos direitos humanos, conforme a Resolução 32/127 de 1977.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominada Pacto de São José da Costa Rica, foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. No tocante aos direitos sociais, os Estados-Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometeram-se a adotar providência, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade desses direitos, que constam da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, assinado em 27 de fevereiro de 1967, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

A Carta da Organização dos Estados Americanos estabelece como meta, no campo da educação, a rápida erradicação do analfabetismo e ampliação, para todos, das oportunidades e, no tocante especificamente ao ensino primário, médio e superior, apresenta critérios semelhantes ao Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

No campo da saúde, a Carta da Organização dos Estados Americanos não reproduziu as normas previstas no Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o que leva a crer que os Estados-Partes que capitaneavam a elaboração da referida Carta, principalmente, os Estados Unidos da América, não se interessaram, à época, em afirmar e densificar, no âmbito regional, o direito à saúde como obrigação do Estado, ou seja, não se interessaram em que o direito à saúde fosse percebido como serviço público típico e essencial.

Sintomaticamente, a visão da Carta da Organização dos Estados Americanos sobre o direito à saúde é que este direito representa algo a ser conquistado pelos indivíduos, por via indireta, através do trabalho digno e de um regime de salários justos, e não pela obrigação do Estado em oferecê-lo.

Também, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao afirmar que a efetividade dos direitos sociais seria progressiva, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados, trouxe o caráter completamente programático para estes direitos, não demonstrando qualquer margem para apresentá-los, de algum modo, como direitos subjetivos.

Em 1999, o Brasil incorporou em seu ordenamento jurídico o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecido como "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, e promulgado pelo Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Este protocolo é que trouxe, para o sistema regional de proteção, avanços significativos no tocante ao direito à saúde e ao direito à educação.

Enfim, houve o reconhecimento da saúde como bem público e afirmou os seguintes direitos: a) assistência primária a saúde, entendendo-se como tal à assistência médica essencial ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade; b) extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado; c) total imunização contra as principais doenças infecciosas; d) prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza; e) educação da população com referência à prevenção e ao tratamento dos problemas da saúde; e f) satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

Tais direitos, assim afirmados e detalhados são dotados de maior efetividade e de possibilidade de reconhecimento como direitos subjetivos públicos diretamente manejáveis.

No tocante ao direito à educação, o Protocolo de São Salvador praticamente reproduziu o tratamento dispensado pelo Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Principalmente por afirmar mais detalhadamente os direitos à saúde e reconhecê-lo como bem público, ou seja, como serviço público essencial, o Protocolo de São Salvador representa um avanço em relação ao Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e demonstra a importância dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.

II.3 - Sistema protetivo local

O sistema protetivo local dos direitos humanos encontra seu principal anteparo na proteção constitucional e, na evolução constitucional brasileira, apenas na atual Constituição os direitos sociais adquiriram o status de direitos fundamentais.

Em nossa Constituição da República de 1934, se prometeu no preâmbulo um “regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico” e timidamente, se afirmou, nos termos da alínea ‘a’ do art. 138, que incumbe à União, aos Estados e aos Municípios “assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais”.

O § 2º do seu art. 121 também estabelecia preceitos voltados à legislação do trabalho, como norma programática e o preceito de maior densidade nesta Constituição em matéria de direitos sociais, contido em seu art. 149, passou a afirmar a educação como direito de todos.

Por outro lado, a Constituição da República de 1937, neste campo, marcou intensamente a regulação das relações de trabalho e assinalou um retrocesso por não prever mais a educação como direito de todos.

A Constituição da República de 1946, por inspiração da Constituição de Weimar, introduziu um título próprio sobre a ordem econômica e social (Titulo V), afirmando os princípios da justiça social e o bem-estar social, além dos preceitos voltados à legislação do trabalho e à previdência social.

A Constituição da República de 1967 manteve também o título voltado para a ordem econômica e social (Título III), além do rol de preceitos voltados à legislação do trabalho e da previdência social. Por outro lado, preocupou-se o legislador constituinte de 1967 com as correspondentes fontes de receita ao dispor, no § 1º do art. 158, que "nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total." A menção às fontes de custeio revela um incipiente cuidado com o reflexo das prestações positivas do Estado no equilíbrio orçamentário. Embora não qualificado como direito fundamental, o direito à educação na Constituição da República de 1967 voltou a ser afirmado como direito de todos, mediante a igualdade de oportunidades. A menção à saúde na Constituição da República de 1967 é feita apenas para marcar a competência legislativa da União nesta matéria.

Como ressaltamos, nenhuma das referidas constituições tratou os direitos sociais como direitos fundamentais, até o advento da Constituição da República de 1988 e vale acentuar, contudo, o caráter predominantemente programático da normatização constitucional do tema. A Constituição da República de 1988 afirmou expressamente, em seu art. 6º, os direitos sociais como direitos fundamentais e, em sua redação original, os elencou nos seguintes temas: educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 26, de 2000, a Emenda a Constitucional nº 64, de 2010 e a Emenda Constitucional nº 90, de 2015, ampliaram o rol dos direitos sociais como direitos fundamentais, incluindo, respectivamente, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito ao transporte. Assim, tais direitos sociais, ao lado dos direitos individuais de primeira geração, foram alçados ao status de fundamentais, ou seja, passam a compor o acervo axiológico de nossa Carta Magna.

Em relação aos direitos sociais, houve uma confluência entre sua elevação ao status de direitos fundamentais e seu tratamento entre os denominados direitos humanos, porquanto se a Constituição passou a inseri-los como fundamentais, o Direito Internacional Público, pelo pactos e tratados que vimos, já contemplava a maioria deles na categoria de direitos humanos.

É válido ressaltar, então, a importância do sistema de proteção local que dá, aos direitos sociais à saúde e à educação, o status de direito fundamental além do status de direito humano, já conferido pelos sistemas global e regional.

III – Sistema federativo dos direitos à saúde e educação

III.1 – Federalismo político

A federação se caracteriza por um pacto político vertical que convive harmonicamente com os pactos políticos horizontais, em que as entidades subnacionais entregam ou não reivindicam sua soberania, sem perder, contudo, sua autonomia nos campos político, administrativo e financeiro.

Podemos afirmar que, além da divisão entre as funções de poder (legislativo, executivo e judiciário), a federação compreende uma divisão de poder no mesmo território entre o núcleo central e o núcleo descentralizado representado pelas entidades subnacionais.

O federalismo político, tomado na perspectiva da forma de Estado, é representado pela descentralização política em contraste com a mera descentralização administrativa ou regional dos estados unitários, ao proporcionar competências legislativas e executivas que serão desempenhadas por entes subnacionais que possuem autonomia política, administrativa e financeira.

Nesse sentido, cabe salientar a grande importância do federalismo no constitucionalismo moderno, marcando a vida política e as relações de influentes estados e, até mesmo, moldando relações intergovernamentais nas comunidades de nações, a exemplo da União Europeia.

O modelo federativo brasileiro, no tocante aos serviços públicos de saúde e educação estabeleceu a competência comum entre os entes da federação, ou seja, nesta matéria cabe à União, aos Estados aos Municípios e ao Distrito Federal prestá-los, embora algumas atribuições sejam direcionadas a determinado ente, sem excluir, todavia a responsabilidade dos demais pelo não exercício dos respectivos encargos, daí a afirmação da responsabilidade solidária pelo Supremo Tribunal Federal, conforme tese de repercussão geral sobre a matéria constitucional contida no Recurso Extraordinário (RE) nº 855178.

A Constituição da República/1988 em seus artigos 196 e 197 afirma que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à

redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação e que são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Assim, a Constituição da República/1988 afirma, no Brasil, o direito à saúde como serviço público essencial e o atribui como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do inciso II do seu art. 23. Deste modo, conforme as atribuições do nosso federalismo político, todos os entes da federação são responsáveis pelos serviços públicos de saúde. Inclusive, conforme jurisprudência do nosso Supremo Tribunal Federal, como salientamos, trata-se de responsabilidade na modalidade solidária.

Para organização desta competência comum, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, denominado SUS, organizado de acordo com as seguintes diretrizes, conforme o art. 198 da Constituição da República/1988: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

Todo o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS). Segundo o sítio eletrônico da Fundação Oswaldo Cruz4, o SUS beneficia cerca de 180 milhões de brasileiros e realiza por ano cerca de 2,8 bilhões de atendimentos, desde procedimentos ambulatoriais simples a atendimentos de alta complexidade, como transplantes de órgãos.

Conforme o modelo federativo político, a direção do Sistema Único da Saúde (SUS) é única em cada esfera de governo: uma nacional, outra estadual e a terceira, municipal. Quanto à direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) suas atribuições principais envolvem formular, avaliar e apoiar políticas de alimentação e nutrição; definir e coordenar os sistemas de redes integradas de assistência de alta complexidade, de rede de laboratórios de saúde pública, de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária; prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios e promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios.

Por sua vez, à direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete, principalmente, executar supletivamente ações e serviços de saúde; promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde; acompanhar, controlar

e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (SUS) e prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios.

No tocante à direção municipal do Sistema de Saúde (SUS), são suas atribuições principais gerir e executar os serviços públicos de saúde; planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde; dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde e formar consórcios administrativos intermunicipais.

Em relação ao direito à educação, segundo o inciso V do art. 23 da Constituição da República/1998, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proporcionar os meios de acesso à educação. A referida Constituição afirma que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Conforme nosso modelo federativo político, estabelecido pela Constituição, a União organizará o sistema federal de ensino, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Aos Estados e ao Distrito Federal cabe atuar prioritariamente no ensino fundamental e médio e, quanto aos Municípios, deverá atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

III.2 – Federalismo fiscal

O modelo federal é caracterizado por estruturas políticas que se sustentam na capacidade dos entes da federação de exercer sua autonomia financeira por meio da tributação e da aplicação dos respectivos recursos no exercício de suas competências materiais.

A autonomia financeira envolve o modelo de tributação, arrecadação e o modelo de transferências constitucionais que deve estar compatível com o modelo de atribuições materiais ou administrativas, para que cada ente da federação possa cumprir com suas competências constitucionais. Não havendo esta compatibilidade, haverá ruptura do esquema federativo, porquanto não há como se distribuir tarefas constitucionais sem o respectivo aporte de recursos.

Desse modo, podemos concluir que o federalismo fiscal é o braço financeiro do federalismo político e sem federalismo fiscal não há federalismo político.

Podemos afirmar que, na Constituição República de 1988, o federalismo fiscal se materializa com atribuições tributárias exclusivas aos entes da federação, um mecanismo de

transferências obrigatórias e voluntárias de recursos tributários e, no plano legislativo, com o poder da União de estabelecer normas gerais.

No Brasil, em relação à educação e saúde, adota-se o modelo relacionado às transferências para os entes subnacionais que cuidam de prestar as respectivas ações ou serviços públicos. No tocante à saúde, a Constituição da República/1998 dispõe que o sistema único de saúde será financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Conforme a Constituição, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos:

I - No caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) desta receita;

II - no caso dos Estados, aplicarão 12% da arrecadação dos seus impostos, do Fundo de Participação dos Estados-FPE (transferência obrigatória da União) e do repasse do Imposto federal sobre Produtos Industrializados aos Estados proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados, deduzidas as parcelas que forem transferidas dos Estados aos respectivos Municípios.

III – no caso dos Municípios, aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% da arrecadação dos seus impostos, das parcelas de receita que recebem da União e dos Estados e do Fundo de Participação dos Municípios – FPM (transferência obrigatória da União).

Por sua vez, no tocante à educação, nos termos do art. 212 da Constituição da República, a União aplicará, anualmente, nunca menos de 18%, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios 25%, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

A referida vinculação de recursos, tanto para a saúde quanto para a educação, representa autêntica garantia de direitos humanos na medida em que reserva, em todos os níveis da federação, recursos para atender áreas imprescindíveis à avaliação pelo índice de desenvolvimento humano (IDH).

IV – Deficiências do modelo federativo brasileiro com repercussões nos campos da saúde e da educação no Brasil

Do ponto de vista das relações federativas, podemos apontar diversas deficiências no modelo federativo brasileiro com repercussões nos campos da saúde e da educação no Brasil, dentre as quais podemos enumerar a centralização de decisões relativas às políticas públicas; a sobrecarga de estados e municípios nas aplicações mínimas de gasto em saúde e educação, em

relação à União; a criação, com base na competência residual da União, de tributos não partilháveis; o parasitismo municipal; a guerra fiscal entre os estados e entre os municípios e o denominado Teto dos Gastos Públicos.

Com efeito, embora a competência material e administrativa, definida pela Constituição, nos campos da saúde e da educação sejam comuns aos entes da federação (União, estados e municípios), as grandes decisões relativas às políticas públicas, conforme o comando da legislação infraconstitucional, se encontra concentrado na União.

Como exemplo, no campo da saúde, podemos citar a necessidade da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA autorizar estados e municípios a distribuir a vacina para a COVID-19. No caso concreto, estados e municípios desejam importá-la e distribui-la sem ter que aguardar a decisão do governo federal. A referida questão só se resolveu judicialmente por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 770, permitindo que estados e municípios importem e distribuam vacinas contra a COVID-19 mesmo se a Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) não as autorizar dentro do prazo de até 72 horas, desde que os imunizantes tenham sido aprovados por autoridades sanitárias estrangeiras.

Além da centralização de políticas públicas na União, o mecanismo de vinculação de receitas a determinadas despesas, como é o caso do mínimo a ser aplicado na saúde e na educação pelos estados e municípios, representa outra forma de concentração de poder na União, porquanto estados e municípios tem um comprometimento proporcionalmente maior que a União nestas despesas (saúde e educação) e possuem, consequentemente, menos recursos livres, ao passo que a União tem um comprometimento proporcionalmente menor nestes campos, gerando uma pressão orçamentária para estados e municípios com prejuízos para a efetivação de gastos em saúde e educação.

Em nosso modelo federativo, temos a centralização de receitas na União, com a criação de tributos não partilháveis e outra forma de centralização de poder na União, com o referido controle das políticas públicas e controle orçamentário via vinculação de receitas (mínimo a ser aplicado na saúde e na educação pelos estados e municípios em proporção maior que a União).

Comprometendo o modelo federativo, com reflexos sobre a efetivação dos direitos sociais, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 95/2017 (Emenda do Teto dos Gastos Públicos) que limitava por 20 anos os referidos gastos, no âmbito da União.

A partir de 2018, os gastos federais só poderiam aumentar de acordo com a inflação acumulada conforme o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). A limitação

alcançava os orçamentos fiscal e da seguridade social e todos os órgãos dos poderes da República e, no âmbito de cada poder, haveria limites por órgão.

O órgão que ultrapassasse o mencionado teto estaria impedido, no exercício seguinte, de conceder aumento salarial, contratar pessoal, criar novas despesas ou conceder benefícios fiscais. Somente a partir do décimo ano, o presidente da República poderia alterar o critério e apenas por uma vez a cada mandato, remetendo um projeto de lei complementar ao Congresso Nacional.

Sobre as despesas com saúde e educação, as medidas do referido regime, estabelecido na Emenda Constitucional nº 95/2017, eram claras no tocante às restrições, no sentido de não prevalecer, a partir do exercício de 2018, as aplicações mínimas da União previstas nos termos do inciso I do § 2º do art. 198 e do caput do art. 212, da Constituição da República.

Vê-se que, somado aos demais graves problemas federativos que comprometem a obtenção de recursos carreados para as áreas de saúde e educação, o referido regime, estabelecido na Emenda Constitucional nº 95/2017, derrubava as aplicações constitucionais mínimas da União na efetivação de políticas imprescindíveis à seara dos direitos humanos (saúde e educação).

Todavia, o Congresso Nacional, percebendo as graves consequências do mencionado regime fiscal, promulgou a Emenda Constitucional nº 126, de 21 de dezembro de 2022, que implementa nova regra fiscal e revogou os dispositivos constitucionais do referido regime fiscal, no sentido de liberar cerca de R$ 170 bilhões fora do referido teto, o que permitiu certo alívio no cumprimento de direitos sociais, dentre os quais o denominado Auxílio Brasil, agora denominado novamente Bolsa Família, a partir de janeiro de 2023.

Essa nova regra fiscal denominada “arcabouço fiscal” também adota uma regra de limitação de crescimento das despesas, todavia, supera os entraves impostos pelo Teto de Gastos, porque concilia a recuperação do orçamento de políticas públicas essenciais, como saúde, educação e Bolsa Família, garantindo, simultaneamente, espaço para investimento público.

No tocante à limitação das despesas, por exemplo, o “arcabouço fiscal”, não limita as despesas do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica (Fundeb), garantindo o compromisso constitucional com o direito à educação.

O “arcabouço Fiscal” respeita o critério dos “mínimos constitucionais”, pelo qual a União é obrigada a aplicar pelo menos 15% da sua receita corrente líquida em saúde e 18% de sua receita líquida de impostos em educação, em contraste com o anterior regime fiscal que impunha um teto.

Considerações finais

Como vimos, os direitos à saúde e educação no Brasil possuem um vasto anteparo nos sistemas protetivos, global, regional e local, qualificados como direitos humanos, sociais e fundamentais.

Não obstante todo este aparato jurídico protetor, os campos da saúde e educação no Brasil enfrentam diversos desafios relativos à sua efetividade.

Além dos desafios que enfrentam relativamente ao seu reconhecimento como direitos subjetivos públicos, com os consequentes problemas relacionados a uma excessiva judicialização e protagonismo do poder judiciário em detrimento dos poderes executivo e legislativo, a questão do financiamento público destes direitos é central no tocante à efetividade dos referidos direitos.

O financiamento da saúde e educação no Brasil se dá conforme o modelo federativo brasileiro e a compreensão da dimensão e da natureza de seus problemas envolvem perquirir as deficiências do esquema de federalismo fiscal.

Alguns destes problemas federativos podem ser atribuídos à União tais como, a centralização de receitas na União, com a criação de tributos não partilháveis com estados e municípios (uma vez que a apenas a União pode instituir contribuições e possui a competência tributária residual); a centralização de poder na União, com o controle das políticas públicas de saúde e educação e o controle orçamentário dos estados e municípios via vinculação de receitas (mínimo a ser aplicado na saúde e na educação pelos estados e municípios em proporção maior que a União).

Outros problemas federativos não menos graves podem ser atribuídos aos estados e municípios, tais como o parasitismo municipal, a guerra fiscal entre os estados e a guerra fiscal entre os municípios.

Somado a estes graves problemas federativos que comprometem a obtenção de recursos carreados para as áreas de saúde e educação, o regime fiscal estabelecido na Emenda Constitucional nº 95/2017 derrubava as aplicações constitucionais mínimas da União em saúde e educação, o que acarretaria, consequentemente, menos recursos para estes campos de atuação e uma grande pressão sobre estados e municípios que têm que prestar serviços nessas áreas em virtude da competência comum.

Todo este conjunto de problemas, relacionados à efetividade dos direitos à saúde e educação, agora, se agravam pelas novas demandas nestes campos, após a epidemia de COVID-19.

Como esperança de respeito e busca de efetividade dos direitos constitucionais à saúde e educação, a nova regra fiscal denominada "arcabouço fiscal" respeita o critério dos "mínimos constitucionais", pelo qual a União é obrigada a aplicar pelo menos 15% da sua receita corrente líquida em saúde e 18% de sua receita líquida de impostos em educação.

Em que pese a perspectiva positiva do "arcabouço fiscal" referente aos direitos sociais, notadamente, em relação à saúde e à educação, a complexidade do nosso modelo de federalismo fiscal e de seus problemas impõem diversos desafios.

Os desafios no Brasil, então, na busca de se efetivar a promessa constitucional destes direitos, como direitos sociais, humanos e fundamentais, além do inevitável reflexo econômico e novas demandas decorrentes da pandemia, somente serão enfrentados com a adequada compreensão das deficiências do nosso modelo federativo.

Referências

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles.** Madrid: Trotta, 2002

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social**. Tese apresentada à IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Florianópolis, 1982.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas.** Rio de Janeiro, Renovar, 8ª edição, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 8. ed. Rio de Janeiro: Campus,1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª. ed. 4ª. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DICIONÁRIO DE POLÍTICA. Organizado por Norberto Bobbio, Nicola Matteuci e Gianfranco Pasquino, 5ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

ELAZAR, Daniel J. **Exploring Federalism**. University of Alabama Press, 1987.

ELAZAR, Daniel J. **Federalism Theory and Application**, HSRC Press, 1995.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional** - 9. ed. - Salvador. JusPODIVM, 2017.

JABOUR, Kalil Said de Souza. **Efetividade dos direitos sociais: O caráter autorizativo do orçamento frente ao reconhecimento de direitos subjetivos na perspectiva do STF** - in Efetivação dos direitos sociais por meio de intervenção judicial. Org. José dos Santos Carvalho Filho e Simone Letícia Severo e Souza Dabés Leão. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2020.

JABOUR, Kalil Said de Souza. **Estabilidade Financeira como Questão Federativa e o Modelo de Federalismo Fiscal Brasileiro**. Monografia do Acervo do Prêmio Tesouro Nacional, 2017.

KINCAID, John. **Handbook of Federal Countries, Forum of Federations**. McGillQueen's University Press, Montreal & Kingdom-London-Ithaca, 2002.

KINCAID, John y SHAH, Anwar. **The Practice of Fiscal Federalism: Comparative Perspectives**. Mc-Gill Queen's University Press, 2007.

MATIAS, Vasco Jorge Valdez Ferreira. **Autonomia Tributária dos Municípios: Uma proposta para Portugal à luz das experiências brasileira e espanhola**. Porto: Vida Económica, 2014.

MEDINA, Javier García. **La teoría de la justicia de Miguel Reale**. Universidad de Valladolid. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-200610033700364> Acesso em: 20/12/2020.

MUSGRAVE, R. & MUSGRAVE, P.B. **Finanças Públicas; teoria e prática**. Rio de Janeiro: Ed. Campus; São Paulo: Edit. Universidade de São Paulo, 1980.

RAWLS, John. **Uma Teoria de Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REZENDE, Fernando. **Conflitos federativos: esperanças e frustrações – Em busca de novos caminhos para a solução**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações** - in Direitos Fundamentais, orçamento e "reserva do possível". Org. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BRASIL. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Ementa. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jul. 2020.

BRASIL. Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo nº 98/2023. **Câmara dos Deputados**, Brasília, 03 maio 2023.

CAVARARO, Roberto. **Atlas de Saneamento**. Rio de Janeiro: IBGE, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Bruno Ferreira de *et al*. A regionalização dos serviços de saneamento básico e os desafios da universalização no Brasil: uma análise exploratória de dados espaciais para os anos de 2010 e 2018. **JEL Classification System/EconLit Subject Descriptors**, Pittsburgh, v. 90, nº10, s.d. Disponível em: https://www.anpec.org.br/encontro/2021/submissao/files_I/i10-f16805616e06762d71c4910c549f2bfd.pdf. Acesso em: 25 maio 2023.

POLLINI, Paula. Comprovação de capacidade econômico-financeira: quem fez e quem não fez. **Instituto Água e Saneamento**, São Paulo, 28 jan. 2022.

SALOMONI, Jorge Luis. **Teoria General de Los Servicios Publicos**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2003.

SION, Alexandre Oheb. Decretos recentes e retrocesso no novo Marco do Saneamento Básico. **Consultor Jurídico**, Rio de Janeiro, 18 abr. 2023. Opinião.